الجزء الرابع عشر من كتاب

فقه الصادق

وهو تعليق

على كتاب المكاسب للشيخ الاعظم والفقيه الاكبر الشيخ الانصارى ره

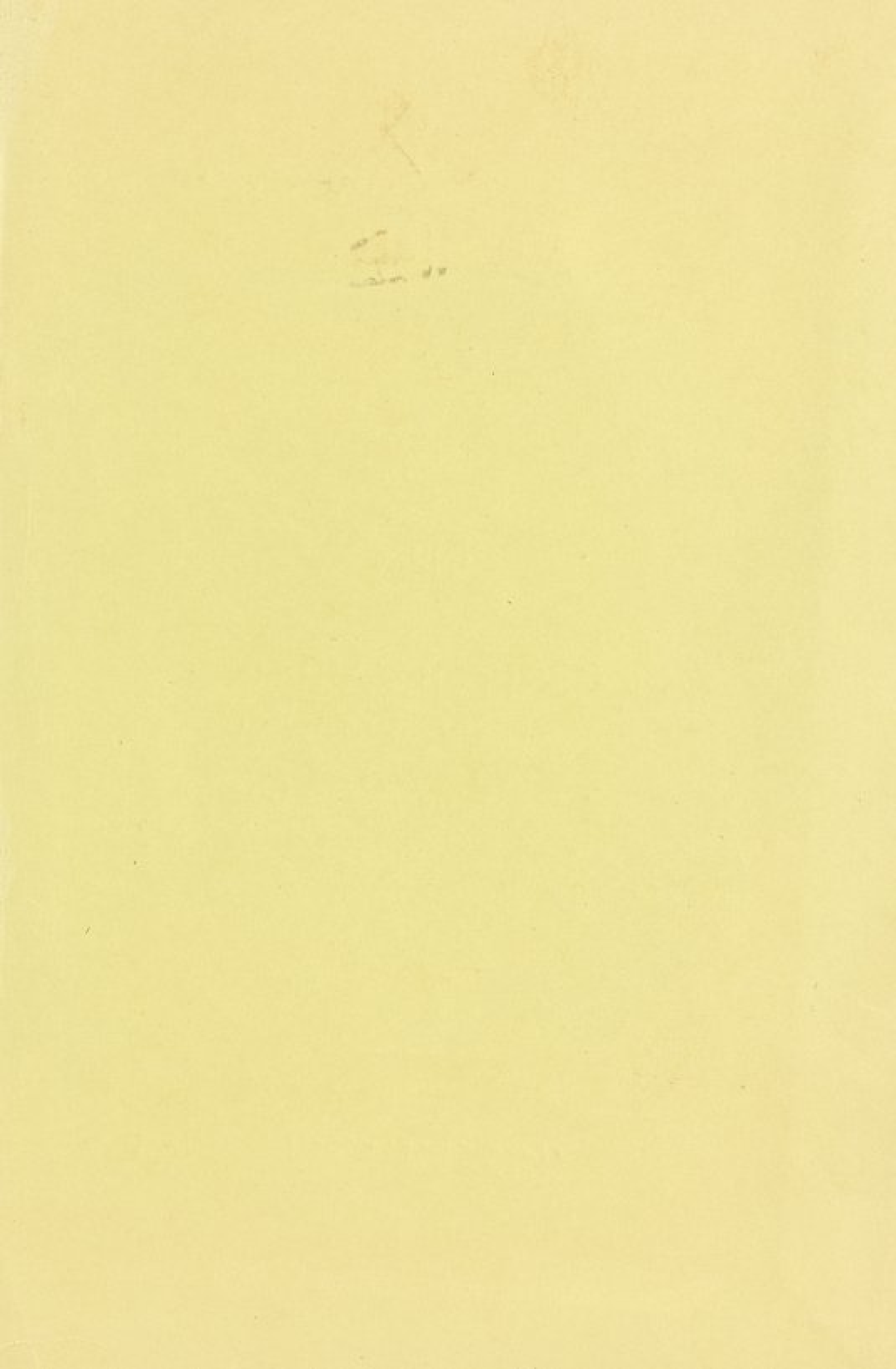
تاليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مدظله العالي

المطبعة العلمية بقم



الجزء الرابع عشر من كتاب

فقه الصادق

وهو تعليق

على كتاب المكاسب للشيخ الاعظم والفقيه الاكبر الشيخ الانصارى ره

تأليف

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسينى الروحانى

مدظله العالى

المَطبَعَة العِلمِيَّة بِقُم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله على ما اولينا من التفقه في الدين والهداية الى الحق و افضل صلواته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة وعلى آله العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه .

وبعد فهذا هو الجزء الرابع عشر من كتابنا «فقه الصادق» وقد وفقنا لطبعه و المرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية الاجزاء فانه ولي التوفيق .

معنى الخيار اصطلاحا

(قوله قده الاولى الخيار لغة اسم مصدر من الاختيار غلب فى كلمات جماعة من المتاخرين الخ) الخيار على مافى كتب اللغة اسم مصدر من تخير مثل الطيرة اسم تطير وهو مرادف للاختيار (واما) فى الاصطلاح فقد ذكروا له معنيين - احدهما - ماعن موضع من الايضاح وجماعة من المتاخرين واختاره المصنف ره وهو (ملك فسخ العقد) - ثانيهما - ماعرفه المحققون من القدماء - وهو (ملك اقرار العقد وازالته) - وقبل بيان ما هو الحق عندنا - ينبغى تقديم مقدمة (وهى) ان الجواز . واللزوم الثابتين فى العقود على قسمين - الاول - مالايقبل الاسقاط والانتقال الى الغير - كلزوم النكاح ولذا لايصح جعل خيار الفسخ فيه و لا يقبل الاقالة - وجواز الهبة فانه غير قابل للاسقاط و الانتقال - ويعبر عنهما باللزوم والجواز الحكميين - الثانى مايقبل ذلك كلزوم البيع وجوازه - و يعبر عنهما باللزوم و الجواز الحقيين و عن هذا الجواز يعبر بالخيار .

اذاعرفت هذه المقدمة (فاعلم) انه يرد على التعريف الاول ان الملك المستعمل فى المقام لايراد به الملكية المصطلحة المضافة الى الاعيان بل المراد به الملك بمعناه اللغوى وهو السلطنة وهو بهذا المعنى كما يصدق على القسم الثانى من الجواز يصدق على القسم الاول بل يشمل ملك حل النكاح بالطلاق (وما افاده) المصنف ره بان التعبير بالملك للتنبيه على ان الخيار من الحقوق لامن الاحكام فيخرج ماكان من قبيل الاجازة الخ ان اراد به الملكية المصطلحة من جهة ان الحق مرتبة ضعيفة من

الملك فيرد عليه ما ذكرناه فى اوائل الجزء الثانى عشر عند بيان حقيقة الحق - و ان اراد به الاستيلاء الخاص دون مطلق الاستيلاء و هو ما كان نفس الاستيلاء تحت الاختيار بحيث يمكن للشخص ساب الاستيلاء و عزل نفسه عن السلطنة عزلا ابتدائيا- فيرد عليه انه لايعتبر فى الملك الادخول المملوك تحت السلطان لادخول السلطنة ايضا تحت السلطان.

و اما التعريف الثانى فاورد عليه المصنف بايرادين (احدهما) انه ان اريد باقرار العقد ابقائه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك لان القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه وان اريد به الزام العقد كان مرجعه الى اسقاط حق الخيار فلا يؤخذ فى تعريف نفس الخيار-(وفيه) ان المتعين هو الثانى وليس مرجعه الى ماذكر بل حقيقته تثبيت العقد الذى هو امر وجودى ولازمه سقوط الخيار-وان شئت قلت. ان مرجعه الى اسقاط حق ازالة العقد لا اسقاط الخيار - فالخيار مركب من سلطنتين-السلطنة على ازلة العقد والسلطنة على رفع هذه السلطنة (ثانيهما) ان ظاهر الالزام فى مقابل الفسخ جعله لازما مطلقا فينتقض بالخيار المشترك (وفيه) ان الذى بيد ذى الخيار الالزام من طرفه لامن الطرفين وانما يكون لازما من الطرف الاخر من جهة عدم الخيار له- وهذا الظهور فى الفسخ ايضا ممنوع فانه ازالة من جانبه ولكن حيث لايعقل انحلال العقد من طرف واحد يلتزم بانحلاله من الطرفين لان معنى الفسخ ذلك كى يلتزم به فى الاجازة بقرينة المقابلة - فظهر ان ما عرفه القدماء متين لايرد عليه شىء .

الاصل فى البيع اللزوم

(قوله قده الثانية ذكر غير واحد تبعا للعلامة فى كتبه ان الاصل فى البيع اللزوم الخ اقول قد استوفى الكلام فى المقصود الاصلى من هذه المقدمة فى اول كتاب البيع فى مسألة المعاطاة وانما تعرض هنا لها لجهتين-الاولى- للتعرض لمحتملات الاصل الواقع فى كلمات الفقهاء - الثانية - للتسهيل على الطالب كما صرح به.

وكيف كان فالاصل المزبور قابل لارادة معان .

الاول الراجح المستند الى الغلبة ـ(وفيه) انهممنوع صغرى وكبرى ـ اما الاولى فلان اغلب افراد البيع تنعقد جائزة من جهة خيار المجلس و غيره (وارادة) غلبة الازمان (لاتنفع) فانها توجب الالحاق لوشك فى لزوم فرد فى زمان خاص ـ لا فيما اذا شك فى لزوم فرد فى جميع الازمنة ـ(واما الثانية) فلعدم الاساس لما اشتهر من ان الظن يلحق الشيء بالاعم الاغلب.

(الثانى) المعنى اللغوى وهومايبنى عليه الشيء بمعنى ان وضع البيع وبنائه عرفا وشرعا على اللزوم ـ واحسن توجيه لذلك ما افاده السيد الفقيه ره وهو ان بناء البيع على اللزوم فاذا ورد دليل الامضاء كفى ـ(وفيه) انه لاريب فى ان بناء العرف على اللزوم فى موارد وعدمه فى موارد اخر كما فى المعيب والمغبون وشبههما ـ و عليه فاذا شك فى فى مورد انه من قبيل الاول او الثانى لاوجه للتمسك بعموم بناء العرف اذلا عموم له ـ وان قيل انه يتمسك بعموم ادلة الامضاء ـ قلت ـ انه تمسك بالقاعدة المستفادة من العمومات وسياتى الكلام فيها.

(قوله قده بقى الكلام فى معنى قول العلامة الخ اقول قد ذكر فى توجيه قول العلامة ره وجوه (منها) ان عطف ظهور العيب على ثبوت الخيار من قبيل عطف الخاص على العام (وفيه) ان المعطوف عليه ليس مطلق السبب ـ كما ان المعطوف ليس خيارا خاصا ـ بل المعطوف عليه مطلق الخيار والمعطوف سبب من اسبابه فلا يتم ذلك (ومنها) ما افاده المصنف ره و(حاصله) ان العيب سبب مستقل لتزلزل العقد فى مقابل الخيار فان ثبوت الارش بمقتضى العيب موجب لاسترداد جزء مما ملكه البايع بالعقد عن ملكه فالعقد بالاضافة الى جزء من الثمن متزلزل وان لم يثبت الخيار (وفيه) ما اورده قده عليه بانه ليس الارش جزءاً حقيقيا من الثمن بل هو غرامة فلا يوجب ثبوته تزلزل العقد (ومنها) غير ذلك مما ذكره المصنف مع مايرد عليه وغيره.

و الظاهر ان نظره قده الى ان العقد يقتضى اللزوم و كون احد العوضين فقط عوضا عن الاخر والمخرج عن الامر الاول هو الخيار وعن الثانى ظهور العيب فانه يوجب اخذ الارش مع المبيع.

القاعدة المستفادة من العمومات

الثالث القاعدة المستفادة من العمومات التى يجب الرجوع اليها عند الشك.

(قال قده فمنها قوله تعالى(١) اوفوا بالعقود دل على وجوب الوفاء الخ)

حاصل ما افاده ان المراد بالعقد مطلق العهد اوما يسمى عقدا عرفا ومعنى وجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد فى نفسه فاذا دل العقد على تمليك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه فاخذه منه بغير رضاه نقض لذلك فهو حرام فاذا حرم جميع مايكون نقضا لمضمون العقد ومن جملة ذلك التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاه كان هذا لازما مساويا للزوم العقد.

واورد عليه بايرادات (الاول) ان الوفاء انما يتعلق بالعهد والالتزام وهو انما يتعلق بامر اختيارى مثل النذر ولا يتعلق بماهو خارج عن تحت الاختيار كالملكية الى الابد فلا معنى لوجوب الوفاء بمقتضى العقد ـ وبعبارة اخرى ـ ان وجوب الوفاء بشىء فرع كونه تحت الاختيار والملكية و بقائها الى الابد خارجة عن تحت اختيار المكلف فلا يتعلق بها وجوب الوفاء وهذه آية اختصاص الاية الشريفة بباب النذور وشبهه (وفيه) ان الوفاء بمعنى التمام اوما يقاربه وعليه فان كان العقد متعلقا بالفعل كان الوفاء به ايجاده وان كان متعلقا بالنتيجة كالعقد على الملكية كان الوفاء به اتمامه وعدم رفع اليد عنه بحله ونقضه.

الثانى ماعن المحقق الخراسانى ره وهو ان موضوع وجوب الوفاء هو العقد وبقائه بعد الفسخ مشكوك فيه فالتمسك بعموم الاية من باب التمسك فيما لا يعلم انطباق المطلق عليه (وفيه) انه لا كلام فى بقاء العقد مالم يفسخ وعليه فالامر بالوفاء ان كان ارشاديا كان مدلول الاية المطابقى لزوم العقد و عدم تاثير الفسخ وان كان مولويا نفسيا كان عدم الفسخ ايضاً ماموراً به فلو حرم لم يكن مؤثرا اجماعا ـ مع ـ ان حرمة

---

(١) المائدة الاية ٢

الفسخ لوثبتت فانما هى بمناط عدم ثبوت هذا الحق له فيكون من قبيل حرمة الظلم ومن عدم الحق يستكشف عدم تاثيره .

الثالث ما عن العلامة فى المختلف و هو ان معنى وجوب الوفاء بالعقد العمل بما يقتضيه من لزوم اوجواز فلايتم الاستدلال به على اللزوم (وفيه) ان العقد الجائز لا يجب الوفاء به لجواز فسخه وحله ـ فمن الوجوب يستكشف كونه لازما (مع) ان الجواز واللزوم من احكام العقد لامن منشآت المتعاقدين واذا لواوقعا العقد اللازم غير قاصدين للزوم بل للجواز اتصف العقد به .

الرابع ما افاده السيد الفقيه ره و هو ان العقد بمعنى العهد و هو يشمل التكاليف الالهية والعهد الذى بين الخالق والمخلوق كالنذروما يكون بين المخلوقين بعضهم مع بعض وح يدور الامر بين حمل الامر على الوجوب فيكون خروج العقود الجائزة والمستحبات من باب التخصيص ـ وحمله على القدر المشترك بين الوجوب والاستحباب فيسقط الاستدلال وحيث انه يبعد خروج المستحبات على كثرتها فيتعين الثانى (وفيه) اولا ستعرف عدم كون العقد بمعنى العهد ـ وثانيا ـ ان الالتزام بالتخصيص لامحذور فيه ـ وثالثا ـ ان الوجوب والاستحباب خارجان عن حريم الموضوع له والمستعمل فيه وانما ينتزعان من الترخيص فى الترك وعدمه وعليه فعدم اللزوم فى بعض الموارد للترخيص فى الترك لايوجب الالتزام بالتخصيص ولا بعدم اللزوم فى الموارد التى لم يرد فيها ذلك (فتحصل) ان شيئا من هذه الايرادات لايتم .

ولكن يرد عليه امور (الاول) ان العقد غير العهد ـ اذالعهد هو الجعل والقرار ـ والعقد هو ربط شىء بشىء وهو فى اصطلاح الفقهاء فى قبال الايقاع فالعقد انما يطلق على البيع باعتبار ارتباط اعتبار كل من المتعاقدين بالاخر (الثانى) ان الوفاء عبارة عن التمام فالايفاء هو الاتمام والانهاء (الثالث) ان الامر به ارشاد الى اللزوم ولا يكون حكما تكليفيا وان كان على هذا ايضاً تدل الاية على اللزوم وقد تقدم تفصيل القول فى كل واحد من هذه الامور فى مبحث المعاطاة فى الجزء الثانى عشر وعلى ماذكرناه دلالة الاية على اللزوم اظهر .

(قوله قده ومن ذلك يظهر لك الوجه فى دلالة قوله تعالى(١) احل الله البيع على اللزوم الخ) محصل ما ذكره في وجه دلالة الاية الشريفة ان الحلية المستندة الى البيع ظاهرة في التكليفية لاسيما بواسطة مقابلة ذلك بحرم الله الرباء وحيث انه لاموهم لحرمة البيع لا بما هو فعل ولا بما هو تسبيب للملك فلابد من تقدير التصرفات ومن حلية التصرفات يستكشف صحة البيع - اما من جهة انها تدل على حلية التصرفات المترتبة على البيع ومرجع ذلك الى حلية الاكل من هذا السبب ولازم ذلك عرفا ثبوت الملكية واما من جهة ان حلية التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع و الوطء ونحوهما من آثار الملك فاذا دلت الاية على جوازها دلت بالملازمة العقلية على الملكية - او من جهة الملازمة العرفية بين حلية التصرفات ونفوذ البيع - (ثم ان) مقتضى اطلاق الاية حلية التصرفات بعد فسخ احد المتبايعين بغير رضا الاخر وهذا يستلزم عدم تاثير الفسخ وكونه لغوا وهو لازم اللزوم (ثم انه) قده اورد على هذا الوجه بان المفروض الشك فى تاثير الفسخ فى رفع الاثار الثابتة باطلاق الاية فلايمكن التمسك فى رفعه بالاطلاق.

اقول في كلامه مواقع للنظر (الاول) ما افاده من ان المراد بالحلية الحلية التكليفية - فانه يرد عليه ان الظاهر منها من جهة استنادها الى البيع هى الوضعية منها و هكذا فى الحرمة المنسوبة الى الرباء - و عليه - فتدل الاية الشريفة على صحة البيع و نفوذه بالمطابقة بلا نظر لها الى اللزوم (الثانى) ما افاده من تقدير التصرفات -فانه يرد عليه انه لاوجه لذلك سوى توهم انه لا موجب لحرمة البيع بما هو عمل من الاعمال فيتعين التقدير وهذا عليل، فان البيع من حيث انه يتوصل به الى التصرفات قابل لان يكون حلالا وحراما وعليه فلاوجه للتقدير وعلى هذا فيستكشف من حلية البيع بهذا المعنى نفوذه وصحته اذ لولا نفوذه لم يكن وجه للترخيص فيه (الثالث) ما اورده على نفسه فانه يرد عليه انه لو قدر التصرفات وكان مقتضى اطلاق الآية حلية التصرفات

---

(١) البقرة الاية ٢٧٥

بعد الفسخ لم يكن الشك في تاثير الفسخ مانعا عن ذلك فان التمسك بالاطلاق انما يكون لدفع مثل هذا الشك .

ثم ان المحقق النائيني ره وجه ايراد المصنف ره بان القيود الراجعة الى الموضوع يمكن ان يكون الحكم بالنسبة اليها مطلقا اومقيدا - واما حالات نفس الحكم فلايمكن ان يكون الحكم بالنسبة اليها مطلقا ولامقيد افضلاعن ان يكون مطلقا اومقيدا بالاضافة الى رافعه اذ المحكوم ليس ناظرا الى نفسه فضلاعن ان يكون مطلقا بالنسبة الى حاكمه - وفي المقام الفسخ لوكان مؤثرا لكان رافعا لاصل الحلية ولااطلاق لها بالنسبة الى رافعها (وفيه) اولا ان المصنف صرح بالاطلاق - وثانيا - ان الفسخ لوكان مؤثراً لكان رافعا لمنشأ الحلية وهو البيع والعقد لا لمحكم نفسه واطلاق الحكم بالنسبة الى رافع منشأه كساير حالاته امرممكن - وثالثا - ان هذا الوجه يجرى في اوفوا بالعقود بان يقال ان الفسخ لوكان مؤثر الكان رافعا لوجوب الوفاء فلايمكن ان يكون مادل عليه مطلقا بالنسبة الى رافعه - وقد ظهر مما ذكرناه دلالة الاية الشريفة على نفوذ البيع وصحته دون لزومه .

(قوله قده ومنه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم باطلاق حلية اكل المال الخ تقريب الاستدلال به ان الاكل الذي رخصه الشارع عنوان المتصرفات المترتبة على المعاملة لالنفسها لماتقدم فمن جوازه يستكشف نفوذ المعاملة ومن اطلاقه لما بعد الفسخ يستكشف اللزوم - ثم اورد عليه بما اورده على سابقه - (وفيه) اولا- ان الاكل في صدر الاية كناية عن التملك فكذلك في المستثنى فالمرخص فيه هو التملك - وثانيا - ان الايراد غير تام كما تقدم . (ثم انه) قده استدل بالاية الشريفة على اللزوم بطريق آخر ذكره في المعاطاة وقد تعرضنا له هناك وبينا عدم تماميته فراجع .

(قوله قده ومنها قوله تعالى (١) لاتاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الخ) تقريب الاستدلال به على اللزوم - وجهان- (الاول) ان الاكل المنهي عنه كناية عن

---

(١) النساء الاية ٢٩

التصرف المعاملى وهوالتملك - فيدل على النهى عن التملك بالباطل ومنه اخذمال الغير و تملكه من دون اذن صاحبه (وفيه اولا) ان المراد بالباطل اما هو الباطل العرفي- اوالشرعى- اوالفاسد الخالى عن الاثر الذى لايختلف معناه عرفاوشرعا وانما الاختلاف بينهما فى المصداق - اماعلى الاول الذى هواساس الاستدلال - فحيث ان اذن المالك الحقيقى موجب للخروج عن كونه باطلا وفى المقام يحتمل الاذن فى الفسخ فلامحالة يشك فى صدق الباطل عليه ومعه لايبقى موزد للتمسك باطلاق الحكم - واما على الاخيرين فالشك فى صدق الموضوع اظهر (وثانيا) انه يحتمل اختصاص الاية بالمعاوضات من جهة التعبير باموالكم بينكم الظاهر فى اعطاء مال واخذمال والرجوع ليس منها فانه ردللملك ويستتبع ذلك رجوع العوض لانه تملك بعوض (وثالثا) ان الفسخ حل للعقد فلاتشمله الاية لعدم كونه سببا للاكل بل هورافع للسبب المملك وبعده يكون الملك بالسبب الاول (الوجه الثانى) ان الاكل المنهى عنه كناية عن التصرفات فتدل الاية على عدم جواز التصرفات بعد السبب الباطل ومنه الرجوع والفسخ ويرد عليه مااوردناه على الوجه الاول .

(قوله قده ومماذكرناه يظهر وجه الاستدلال بقوله(١)(ص) لايحل مال امرء مسلم الاعن طيب نفسه الخ) تقريب الاستدلال به من وجهين (الاول) ان الخبر يدل على عدم حلية مال الغير بغير رضاه وحيث انه لامعنى لحرمة المال وتقدير تصرف دون آخر ترجيح بلامرجح فيقدر جميع التصرفات ومنها الفسخ ومن حرمته يستكشف عدم تاثيره (وفيه اولا) ان الحرمة حيث استندت الى المال تكون ظاهرة فى ارادة حرمة التصرفات الخارجية المتعلقة به ولاتشمل التصرف الاعتبارى (وثانيا) ان حرمة المعاملة لاتستلزم فسادها كماتقدم فى اول الجزء الاول من هذه التعليقة (الثانى) انه يدل على حرمة التصرفات فى مال الغير بغير رضاه ومقتضى اطلاقه حرمتها حتى بعد

---

(١) هذا المضمون فى كثير من الاخبار راجع الوسائل باب ٣ - من ابواب مكان المصلى- والمستدرك ج٩ ص٢١٢ وغيرهما

الفسخ ولازم ذلك عدم تأثير الفسخ - (وفيه) انه حيث يحتمل تأثير الفسخ فيحتمل عدم كونه مال الغير بعد الفسخ ومعه لامورد للتمسك باطلاق الحكم .

(قوله قده ومنها قوله(١) الناس مسلطون على اموالهم الخ) هذه الرواية وان كانت ضعيفة السند الاان ضعفها مجبور بالعمل - وتقريب الاستدلال بها انها تدل على ثبوت السلطنة التامة للمالكين على اموالهم ومن مقتضيات السلطنة التامة رفع مزاحمة الاجانب ومنهم المالك الاول ولازمه عدم تاثير فسخه (وبعبارة اخرى) خروج المال عن ملكه بغير رضاه مناف للسلطنة - واورد عليه بايرادات - وقد ذكرناها مع اجوبتها في مبحث المعاطاة - والحق في الجواب عنه انها تدل على ثبوت السلطنة مادام كونه مالا له ولاتدل على تسلطه على ابقاء الموضوع وكون بقائه تحت اختياره كي يكون ازالته منافية للسلطنة الثابتة له فتدبر وتمام الكلام في ذلك المبحث كما ان التقريب الاخر لدلالتها على ذلك مع جوابه مذكوران هناك فراجع .

(قوله قده ومنها قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم (٢) الخ) وتقريب الاستدلال به ان الشرط هو مطلق الالزام والالتزام ولو ابتداء من غير ربط بعقد آخر - و عليه - فالعقد شرط يجب الوقوف عنده ويحرم التعدى عنه فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم في اوفوا بالعقود (اقول) تمامية الاستدلال به تتوقف على امرين صدق الشرط على المعاملات كالبيع - ودلالته على اللزوم (اما الاول) فمضافا الى ماسيأتى في مبحث الشروط من عدم صدقه على الالتزامات المعاملية - انه يعتبر في صدقه كون الالتزام في ضمن التزام وهو لايصدق على الالتزام الابتدائى و بعبارة اخرى الشرط هو الالتزام التابع كما يظهر لمن راجع موارد استعماله ولذا قال في محكى القاموس - الشرط الزام الشيء او التزامه في البيع ونحوه (واما الثاني) فالاظهر انه انشاء حكم

---

(١) البحار ج-١- ص١٥٤ الطبع القديم - وج-٢- ص٢٧٢ الطبع الحديث

(٢) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار لكن فيها المسلمون

تكليفي لاوضعي - انمضمونه عدم انفكاك المؤمن عن شرطه وهذاليس صفة فى الشرط كى يكون ذلك ارشادا الى صحته او لزومه - بل هو صفة فى المؤمن فلا محالة يكون ظاهرا فى كونه امرا بالوفاء بالشرط تكليفا وعليه فيجرى فيه ماذكرناه فى اوفوا بالعقود .

قوله قده ومنها الاخبار المستفيضة (١) فى ان البيعين بالخيار الخ واورد على هذا الوجه (بان) هذه النصوص تدل على اللزوم الحيثى لااللزوم من جميع الجهات ولذالاتنافى ثبوت خيار الحيوان والشرط و نحوهما (وبانها) فى مقام جعل الخيار لاجعل اللزوم فلاوجه للتمسك باطلاقها من هذه الجهة (ولكن) يرد على الاول انه خلاف اطلاق النصوص - وعلى الثانى - انها فى مقام بيان الجواز قبل التفرق واللزوم بعده ولذا فى بعض تلك النصوص قال عليه السلام بعد ذلك فاذا افترقا فلاخيار لهما .

الاستدل للزوم بالاستصحاب

قوله قده وقد عرفت انذلك مقتضى الاستصحاب ايضا وربما يقال ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك الخ وقداشبعنا الكلام فى هذا الاستصحاب وما يمكن ان يورد عليه فى مبحث المعاطاة وانما نذكر فى المقام الاشكال الذى لم يذكره المصنف ره هناك وذكره فى المقام - وهوان هذا الاصل محكوم باستصحاب بقاء علقة المالك الاول - واستصحاب بقاء حق الفسخ الثابت فى زمان ثبوت خيار المجلس واجاب المصنف ره عن الاول بانه ان اريد بقاء علاقة الملك اوعلاقة تتفرع على الملك فلاريب فى زوالها بزوال الملك وان اريد بها سلطنة اعادة العين فى ملكه فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك .

توضيح ماافاده - انه (ربما) يتوهم ان الملكية وان كانت امراً اعتباريا الاانها ليست بسيطة بل هى ذات مراتب فاذا انتقل العين عن الشخص بنحو ليس له ارجاعها

---

(٢) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار

الى ملكه الا بعقد جديد فقد انقطعت العلاقة بالمرة - و اذا انتقلت بنحو له ارجاعها الى ملكه متى ماشاء فقد بقيت مرتبة منها فلوشك في الجواز واللزوم يشك في ان علقة المالك الاول هل انقطعت بالمرة ام بقيت مرتبة ضعيفة منها فيستصحب بقائها بعد كون قوة العلاقة وضعفها من مراتب شيء واحد فاذا جرى هذا الاصل لايبقى شك في بقاء الملك كي يستصحب فان الشك في بقائه بعد الرجوع مسبب عن الشك في ثبوت هذا الحق وعدمه (وربما) يتوهم ان للشخص سلطنة على ماله وسلطنة على تسليط الغير عليه حدوثا وبقاءاً وبالبيع زالت السلطنة عليه وكك السلطنة على تسليط الغير حدوثا اما السلطنة على تسليط الغير بقاء فهي مشكوك الارتفاع فيستصحب بقائها ونتيجة ذلك جواز رفع سلطنة الغير بالفسخ .

وكلاهما فاسدان (اما الاول) فلان الملكيه التي هي امر اعتباري ومن سنخ الوجود بسيطة وليست ذات مراتب وهي قد زالت بالبيع ولم يبق منها شيء (مع) انه لوسلم كونها ذات مراتب حيث ان مايبقى بعد العقد الجائز مباين مع الملكية ولذا ترى ان خيار المجلس بنظر العرف مغاير مع الملكية فلايجرى الاستصحاب (واما الثاني) فلان السلطنة على رد الملك سلطنة جديدة ان ثبتت فانها تثبت في ظرف عدم الملك فكيف تكون من آثار الملك .

واجاب المصنف ره عن الاصل الثاني - بوجوه (الاول) ان الدليل اخص من المدعى لعدم جريانه في غير البيع (الثاني) ان الواجب هنا الرجوع في زمان الشك الى عموم اوفوا بالعقود لاالاستصحاب - واورد عليه - بان اوفوا بالعقود حيث لاعموم زماني له فلايكون هو المرجع في زمان الشك بل المرجع استصحاب حكم الخاص على ما اسسه في الاصول (ويمكن) دفعه بان ذلك يتم في مااذا كان خروج الفرد في الاثناء لامن الاول كما في المقام والا فالمرجع عموم العام وتمام الكلام في محله - (الثالث) انه لايجدى بعد تواتر الاخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق - واورد عليه - بان الكلام انما هو

---

(١) المائدة الاية ٢

مع قطع النظر عن الادلة الاجتهادية - مع - ان هذه الاخبار كما توجب عدم جريان هذا الاصل توجب عدم جريان الاصل المحكوم ايضا - (اقول) ان ما يثبت بهذه النصوص هو زوال ذلك الحق الثابت فى المجلس واما زوال الحق الاخر المشكوك الحدوث فهى لاتدل عليه - وحيث انه يحتمل ذلك - فان قلنا بان الخيار واحد وان تعددت اسبابه يجرى استصحاب بقاء الخيار الشخصى الثابت سابقا - وان قلنا بتعدده بتعدد اسبابه - فيمكن اجراء استصحاب الكلى الجامع بينهما فانه وان كان من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلى الا انه حيث يحتمل حدوث فرد آخر مقارنا لحدوث المتيقن يجرى استصحاب الكلى على مسلك المصنف ره - ولكن - المختار عدم جريان الاستصحاب فيه حتى فى هذا الفرض فلايجرى الاصل المزبور فى المقام (فتحصل) ان الاستصحاب ايضا من ادلة اللزوم .

(قوله قده نعم هو حسن فى خصوص المسابقة وشبهه الخ) واورد عليه المحقق الايروانى مضافا الى ان غاية ماذكره بطلان استصحاب بقاء الاثر بعد الفسخ الذى هو معنى اصالة اللزوم لاصحة اصالة الجواز - بانه بناءاً على جريان الاستصحاب التعليقى يجرى الاستصحاب فى المقام فانه يجرى استصحاب بقاء استحقاق العوض لو سبق الثابت قبل الفسخ ويحكم بانه يستحق العوض لو سبق بعد الفسخ ثم ناقش قده فيه بان المختار عدم جريان الاستصحاب التعليقى (اقول) ان هذا الاستصحاب يجرى وان بنينا على عدم جريان الاستصحاب التعليقى - من جهة ان الاستصحاب التعليقى المصطلح انما هو فيما لو تحقق احد جزئى موضوع الحكم كالعصير العنبى ثم حين ما تحقق الجزء الاخر شك فى الحكم من جهة الشك فى بقاء الجزء الاول لاحتمال التبدل وفى المقام ليس كك بل المتيقن هو انشاء تمليك على تقدير السبق والمشكوك فيه بقاء هذا الاثر وارتفاعه عن موضوعه فيجرى الاصل فيه ونظير المقام مالو شك فى وجوب الحج على المستطيع (وبالجملة) ما نحن فيه من قبيل الشك فى بقاء التكليف المنشأ على الموضوع المقدر وجوده فيجرى الاصل وهذا غير الاستصحاب التعليقى المصطلح الذى ليس الشك فيه فى بقاء الجعل فتدبر -

(قوله قده كما اذا شك فى ان الواقع هبة اوصدقة الخ هذا بناءاً على كون الهبة والصدقة حقيقة واحدة والفرق بينهما انما هو من قبيل الفرق بين الماهية بشرط لا والماهية بشرط شيء فالتمليك المجانى المجرد عن قصد القربة هبة والتمليك المجانى الذى قصد به القربة صدقة اذ عليه تكون اصالة عدم قصد القربة نافية للزوم المترتب على الصدقة (واما) بناء على ما مال اليه فى الجواهر من كونهما حقيقتين متباينتين فلا اصل لهذا الاصل .. وتمام الكلام فى محله .

(قوله قده فاذا شك فى اشتغال الذمة بالعوض حكم بالبراءة الخ)

الا ان يحصل العلم الاجمالى بالمخالفة القطعية من جريان اصالة اللزوم - واصالة البراءة معا كما لو شك فى ان الواقع هبة او بيع فان مقتضى اصالة اللزوم عدم رجوع العين الى مالكها الاول بعد الفسخ ومقتضى اصالة البراءة عدم استحقاقه العوض مع انه يعلم اجمالا اما باستحقاقه العوض او رجوع ماله اليه بالفسخ - فلا يجرى شيء من الاصلين .

(قوله قده لعموم على اليد الخ(١) التمسك به فى المقام مبنى على جواز التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية لانه قد خرج عنه ما اذا كانت اليد بعنوان تسليط المالك مجانا - وحيث ان المختار عدم جوازه فلا يجوز التمسك به فى المقام (اللهم) الا ان يقال ان الخارج عن العموم ليس هو التسليط المجانى بهذا العنوان بل بعنوان اسقاط المالك احترام ماله - وعليه - فاحترام المال معلوم وسقوطه مشكوك فيه والاصل عدمه فتدبر .

قوله قده وان كان المستند دخوله فى ضمان العين الخ وقد تقدم فى مسألة المقبوض بالعقد الفاسد ان الاقدام على الضمان ليس دليلا مستقلا للضمان .

---

١ ـ المستدرك باب ١ ـ من كتاب الوديعة ـ والمبسوط كتاب الغصب وكنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧

فی اقسام الخيار

(قوله قده وهی كثيرة الا ان اكثرها متفرقة والمجتمع منها فی كل كتاب سبعة الخ) و الحق فی بيان الجامع لها ان الخيار تارة يكون بجعل الشارع ابتداء ومطلقا كخيار المجلس و الحيوان - و اخرى - يكون بجعل من المتعاملين مثل شرط الخيار - وثالثة - يكون وسطا بينهما بان يلتزم المتبايعان فی ضمن العقد وجود شرط او وصف - او عدمه - او عمل خارجي وتبين خلافه - فانه يثبت لمن له الالتزام الخيار والكلام يقع اولا فيما يكون بجعل شرعی ابتداء .

خيار المجلس

(قوله قده فالمراد بالمجلس مطلق مكان المتبايعين الخ) ليس فی ادلة هذا الخيار لفظ المجلس ولا مكان المتبايعين بل فی النصوص جعل هذا الخيار مغی بالافتراق ويستظهر من ذلك اعتبار الاجتماع العرفی فی جانب المغی فلو لم يكن بينهما اجتماع حال البيع لم يكن هناك خيار - كما لو اوقعا العقد بواسطة التلفن مع كون كل منهما فی بلد غير بلد الاخر- نعم حيث يكون المراد الاجتماع بالابدان فيكون المراد الاجتماع من حيث المكان - وحيث ان الغالب من مكان الاجتماع كونه محلا للجلوس فلذا عبر بخيار المجلس - وعلى هذا فكما لا يعتبر المجلس لا يعتبر مكان البيع بل لو افترقا عن مكان البيع مع بقاء اجتماع المتبايعين وعدم تفرق احدهما عن صاحبه كان الخيار باقيا - فهذا الخيار خيار الاجتماع فی المجلس و اضافته الى الاجتماع اضافة المسبب الى سببه - ويعبر عن سببه بمحل سببه من باب تنزيل المحل منزلة الحال .

قوله قده ولا خلاف بين الامامية فی ثبوت هذا الخيار والنصوص(١)

---

١ - راجع الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار - وغيرها من كتب الحديث

به مستفيضة والموثق (١) الحاكي لقول علي (ع) - مطروح او مؤول الخ
ربما يحمل الموثق على التقية واورد عليه بان الخبر علوي وموجب التقية حدث في عصر الصادقين عليهما السلام ودفع بان الحاكي لهذه الرواية حيث انه الصادق عليه السلام فيمكن التقية في مقام الحكاية والرواية عن الامير عليه السلام (وفيه) ان التقية في مقام الحكاية بمعنى نقل جملة عن شخص مع عدم صدورها منه وكونه كذبا غير معهودة - ولعل احسن الوجوه ماافاده بعضهم من ان المراد من الصفق على المبيع هو الصفق بعنوان الالتزام بالمبيع لا الصفق المحقق للبيع كيف وموضوعه المبيع فيكون البيع محققا قبله انتهى.

ثبوت الخيار للوكيل

قوله قده مسألة لا اشكال في ثبوته للمتبايعين اذا كانا اصيلين ولا في ثبوته للوكيلين في الجملة الخ كانه لم يعبأ بما ينقله عن بعض تبعا لجامع المقاصد من انكار ثبوته للوكيل بقول مطلق - وكيف كان - فيقع الكلام في مقامين - الاول- في ثبوت الخيار للوكيل - الثاني - في ثبوته للموكل.

اما المقام الاول فتوضيحه ان الوكيل - قد يكون وكيلا في اجراء الصيغة خاصة - وقد يكون وكيلا مستقلا في ايجاد المعاملة فقط - وقد يكون وكيلا مستقلا في امر المعاملة ايجاداً وفسخا - على كلام في معقوليته سيجيء - وقد يكون وكيلا مفوضا اليه امر المعاملة وجودا وعدما ان شاء باع وان شاء لم يبع.

اما القسم الاول فقد استدل لعدم ثبوت الخيار له في قبال ماقيل من صدق البيع عليه فيشمله ادلة الخيار بوجوه (احدها) ما افاده المصنف ره وتفرد به وهو ان مفاد ادلة الخيار اثبات حق وسلطنة لكل من المتعاقدين على ماانتقل الى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه في الخارج (وفيه) ان الخيار اما ان يكون سلطنة على حل العقد او على تراد

---

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار - حديث ٧

العوضين وعلى التقديرين ليس هوسلطنة على خصوص الاسترداد بعد ثبوت السلطنة على الرد ـ اما على الاول فواضح ـ واما على الثانى فلانه لاموجب للالتزام بكونه سلطنة على الاسترداد خاصة (سوى) ان المالك والوكيل المفوض لهما السلطنة على الرد بالاقالة ونحوها فلامعنى لجعل الخيار لهما الاالسلطنة على الاسترداد ـ وحيث انه لايعقل السلطنة على الاسترداد دون الرد فلامحالة يكون الخيار مجعولا لمن له سلطنة على الرد (وهو توهم فاسد) لان الرد بما ان له مصاديق ومايكون ثابتا للمالك بعضها فجعل الخيار بمعنى السلطنة على الرد والاسترداد بلا اعتبار رضى الاخر لايلزم منه اللغوية ـ وعليه فالخيار هو السلطنة على تراد العينين لا على جلب ما ذهب خاصة (ثم ان) المحقق النائينى ره وجه كلام المصنف ره بما سنذكره فى الوجه السابع فانتظر .

ثانيها ماافاده المصنف ره تبعا لغيره وهو ان بعض (١) اخبار هذا الخيار قدقرن فيه بينه و بين خيار الحيوان الذى لايلتزم الفقيه بثبوته للوكيل فى اجراء الصيغة وظاهر ذلك من جهة وحدة السياق كون موضوع الخيارين واحدا (وفيه) ان الموجب لاختصاص خيار الحيوان بغير الوكيل مافى بعض(٢) رواياته من جعل الخيار لخصوص صاحب الحيوان لااختصاص الموضوع به فتدبر.

ثالثها مافى المتن ايضاً ـ قال مضافا الى ادلة ساير الخيارات فان القول بثبوتها لموقع الصيغة لاينبغى من الفقيه (وفيه) ان بعض تلك الخيارات مختص بالمالك لاختصاص دليله به كخيار الغبن لوقلنا ان مدركه حديث لاضرر ـ وبعضها تابع لجعل المتبايعين ولو كان هو الاجنبى كشرط الخيار ـ وبعضها كخيار العيب يجرى فيه ما هو الجارى فى المقام .

رابعها مافى المتن ايضاً ـ وهو ان ملاحظة حكمة الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور (وفيه) ان الحكمة غير معلومة مع ان الحكم لايدورمدارها .

(١-٢) الوسائل ـ باب ١ ـ من ابواب الخيار ـ حديث ١ ـ ٣ ـ ٥ـ

خامسها مافى المتن فى اواخر المبحث وهوان ثبوت الخيار للوكيل يضاد مع سلطنة الموكل على ماله لان بالفسخ يخرج المال عن ملكه قهرا عليه ـ فادلة الخيار على فرض شمولها له تعارض دليل سلطنة المالك ـ ويقدم دليل السلطنة وان كانت النسبة عموما من وجه لحكم العقل وبناء العقلاء ولا اقل من التساقط فيرجع الى استصحاب بقاء الملك بعد فسخه (وفيه) ان النسبة بين دليل الخيار ودليل السلطنة عموم مطلق لان خيار كل من المتعاملين ينافى سلطنة الاخر على ماانتقل اليه .

سادسها ماافاده بعض المحققين ره وهوان بعض (١) نصوص الباب تضمن ثبوت هذا الخيار للتاجر وعدم شموله لمجرى الصيغة واضح وبه يقيد اطلاق ساير النصوص ـ (وفيه) انه بما انهما مثبتان لاوجه للحمل .

سابعها ان دليل الخيار مخصص لعموم (٢) اوفوا بالعقود فكل من يجب عليه الوفاء بالعقد مختار فى الفسخ بدليل الخيار والذى من شانه الوفاء هو المتصرف فى المال والوكيل فى اجراء الصيغة حيث انه لايملك التصرف فى المال المنتقل اليه لاوفاء له فلايكون ذلك واجبا عليه ولامعنى لاستثنائه عن هذا الحكم فى موارد خاصة ـ وبهذا وجه المحقق النائينى ره كلام المصنف ره الذى هو الوجه الاول الذى ذكرناه ـ (وفيه) ان الوفاء بمعنى التمام فالمامور به فى الاية الشريفة كما تقدم فى اول هذا الجزء ـ وفى مبحث المعاطاة ـ هو الاتمام والانهاء وانهاء العقد واتمامه انما هو بعدم نقضه وحله وليس المامور به ترتيب الاثار عملا كى يقال انها لاتشمل الوكيل المذكور وعليه فهى شاملة له ايضا وبدليل الخيار يخصص بالنسبة اليه فتدبر .

فالحق فى وجه عدم ثبوت الخيار له ان يقال ان دليل الخيار منصرف عنه ـ (توضيحه) ان البايع ـ وكذا البيع له اطلاقان احدهما ـ هو المنشى والموجد للبيع ـ الثانى ـ من كان حصول البيع باختياره واستقلاله وسلطانه ولو كان غير مباشر له فيقال فلان باع

---

(١) الوسائل ـ باب ١ ـ من ابواب الخيار ـ حديث ٦

(٢) المائدة آية ٢

داره وعقاره وان كان البيع صادراعن وكيله والمنصرف اليه لفظ البايع عندالاطلاق هوالثانى وعليه فهو لايشمل الوكيل الموقع للصيغة (ويؤيد) ذلك بل يدل عليهمافى بعض (١) نصوص الباب من تعليل اللزوم بالافتراق بكون ذلك رضا منه ـ فانه يستكشف من ذلك ان الخيار انما يكون ثابتا لمن يكون رضاه معتبرا فى المعاملة والوكيل المجرى للصيغة لايكون رضاه معتبرا فيها ولاربط له بالمعاملةكى يكون تصرفه دالاعلى رضاه ـ ولعله ـ الى هذا نظر المصنف ره فى ماذكره من الوجه الذى ذكرناه اولا فراجع وتدبر .

قوله قده واضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ الخ

لم يظهر وجه الاضعفية اذعلى فرض القول بشمول دليل الخيار للوكيل لافرق فيه بين منع الموكل وعدمه .

واما القسم الثانى ـ وهوالوكيل فى ايجاد المعاملة مستقلا فقط فعمدة الوجوه التى ذكرناها لعدم ثبوت الخيار للوكيل فى القسم الاول جارية فى هذا القسم كماهو واضح فالاظهر عدم ثبوت الخيار له .

واما القسم الثالث ـ فقداختار المصنف ره ثبوته له ـ والكلام فيه فى مواضع الاول ـ فى ان عموم الوكالة لما يشمل فسخ المعاوضة صحيح ام لا ـ والحق عدم صحته فانه ان اريدبه الفسخ من قبل الموكل اعمالا لحقه فهذا لاربط له بثبوت الخيار للوكيل ـ وان اريد به الفسخ بخيار نفسه فهو باطل اذلامعنى للوكالة فيما هو وظيفته ومستقل فيه ـ مع ـ ان ثبوت الخيار متوقف على الوكالة فيه المتوقفة على ثبوت الخيار وهذا دور واضح ـ وعلى هذا فلافرق بين هذا القسم وسابقه ـ الثانى ـ انه على فرض صحة ذلك والفرق بينه وبين سابقه ماذكره ره فى وجه عدم ثبوت الخيار للوكيل من منافاته لدليل الناس مسلطون على اموالهم يجرى فى هذا القسم ـ وعليه ـ فقوله فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص لاوجه له (الثالث) ان مااخترناه فى وجه عدم ثبوت الخيار

---

(١) الوسائل ـ باب ١ من ابواب الخيار حديث ٣

للوكيل في القسمين الاولين يجرى فى هذا القسم - فان البايع بالاطلاق الثانى الذى هو المنصرف اليه من لفظه عند الاطلاق وهو من كان حصول البيع باختياره وسلطانه واستقلاله لايشمل هذا الوكيل ايضاً .

واما القسم الرابع وهو الوكيل المفوض اليه امر المعاملة ان شاء اوجدها وان شاء لم يوجدها - فالظاهر ثبوت الخيار له لصدق البايع ولو بالاطلاق الثانى عليه كما هو واضح .

ثبوت الخيار للموكل

واما المقام الثانى وهو ثبوت الخيار للموكل - فالكلام فيه يقع فى موردين -الاول- فى اصل ثبوت الخيار للموكل - الثانى - فى الامور المتفرعة على ثبوته له - اما الاول - فقد استدل لعدم ثبوت الخيار له بوجوه .

منها- ان الظاهر من البيعين فى النص المتعاقدان فلا يعم الموكلين وذكروا انه لو حلف على عدم البيع لم يحنث ببيع وكيله (وفيه) ما تقدم من ان البيع بالاطلاق الثانى من الاطلاقين المتقدمين الذى هو المنصرف اليه عند اطلاقه - وهو من كان حصول البيع باختياره واستقلاله يشمل الموكل - دون الوكيل الا فى مورد واحد (مع) انه لو سلم ان المراد به العاقد بما ان العقد كما ينسب الى الوكيل بالمباشرة ينسب الى الموكل بالتسبيب لاسيما اذا كان الوكيل وكيلا فى اجراء الصيغة خاصة يعم بيع الموكل ايضا (واما) مسالة النذر فان نذر ان لا يباشر البيع لم يحنث بع وكيله وان نذر ان لا ينقل ماله حنث- وان نذر ان لا يبيع بماله من المفهوم فان باع وكيله المفوض الذى يكون وكالته قبل النذر لم يحنث من جهة انه لم يصدر البيع عن اختياره و لم ينذر ان يعزل وكيله و ان وكل غيره بعد النذر حنث سيما اذا كان ملتفتا اليه حين البيع- وتمام الكلام فى محله .

ومنها- انه لو سلم صحة انتساب البيع الى المباشر والسبب الا انه فى الاستعمال الواحد لا بد ان يراد احدهما فقوله ﷺ البيعان لا بد ان يراد به الوكيلان او

الموكلان وحيث ان المفروض ثبوته للوكيل المفوض فلايشمل الموكل (وفيه اولا) ما تقدم من عدم شموله للوكيل الااذاكان وكيلا فى البيع وعدمه (وثانيا) ان المستعمل فيه على فرض الشمول لهما ليس هما معا بما هما معنيان بل المستعمل فيه هو الجامع بينهما وعليه فلامحذور من ارادتهما معا منه.

ومنها انه مع فرض تاثير فسخ الوكيل كيف يمكن الالتزام بتأثير فسخ الموكل مع ان الحق الواحد لايعقل قيامه باكثر من واحد (وفيه) انه على فرض شمول النص لهما لايكون الثابت لهما خيارا واحداً بل خيارين فانه كسائر القضايا الحقيقية ينحل الى احكام عديدة بحسب ما لموضوعه من الافراد- فالاظهر ثبوت الخيار للموكل.

ثم ان المصنف ره استدل لثبوت الخيار للموكل فيما اذا صدر البيع من الوكيل المطلق فى قبال دعوى عدم شمول البيع للموكل بوجهين آخرين (احدهما) ان المستفاد من الادلة كون الخيار حقا لصاحب المال ارفاقا (ثانيهما) ان ثبوته للوكيل لكونه نائبا عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه (وفيهما نظر) اما الاول فلانه لوسلم كون حكمة جعل الخيار الارفاق بالمالك ان مفاد الادلة ح ان الخيار مهما ثبت يكون للارفاق لاان كل من يناسبه الارفاق يكون الخيار ثابتا له -واما الثانى - فلان ثبوت الخيار للوكيل ليس بعنوان كونه وكيلا ونائبا كي يقال انه يستلزم ثبوته للمنوب عنه بل بعنوان كونه بيعا غير الصادق هذا العنوان على الفرض على الموكل-فالصحيح فى وجه ثبوت الخيار للموكل صدق عنوان البيع عليه -واما المورد الثانى-

توقف خيار الموكل على حضوره مجلس العقد

فالكلام فيه فى فروع (الاول) ان ثبوت الخيار للموكل هل يتوقف على حضوره مجلس العقد كما بنى عليه المصنف ره اولا يتوقف عليه- ام يفصل بين الوكيل فى اجراء الصيغة فقط او فى خصوص معاملة خاصة بحيث تنتهى وكالته بالعقد فلا يكفى اجتماع الوكيلين بل يعتبر حضور الموكلين مجلس العقد والا فلا خيار لهما وبين الوكيل المفوض المستقل فيكفى اجتماع الوكيلين و لا يعتبر حضور الموكلين

كماذهب اليه المحقق النائيني ره وجوه :

والحق في المقام ان يقال ان موضوع هذا الخيار قوامه بامرين-احدهما-صدق البيع-ثانيهما- كون البايع والمشتري مجتمعين لما عرفت من ان هذا الخيار حيث يكون مغيا بالافتراق فيعلم انه خيار الاجتماع و حيث ان الافتراق المجعول غاية يراد به الافتراق بدنا يكون المراد به الاجتماع بدنا وفي المكان ويعتبر فيه كون الاجتماع للبيع فلو اجتمعا في مكان لاللبيع بل لغرض آخر وكانا غافلين عنه غير ملتفتين اليه لايثبت لهما الخيار (وعليه) فاذاحضر الموكلان مجلس العقد متوجهين اليه اواجتمعا في مجلس للبيع ووكلا شخصين آخرين اجتمعا في محل آخر للبيع او لم يجتمعا و اوقعا العقد غير مجتمعين كما اذا كانا في محلين متباعدين واوقعا العقد بواسطة التلفن ثبت لهما الخيار.

واستدل للثاني بوجهين: الاول -مافي محكي الجواهر احتماله-وهو ان نصوص الباب مختصة بالوكيل ولا تشمل الموكل لتبادر العاقد من البيع و انما نلتزم بثبوته للموكل من جهة ان هذا الحق الثابت متعلق بالمال فيتبعه في النقل والانتقال و ما تضمنه النصوص يكون مغيا بالافتراق واما ما ثبت من الخارج فلاوجه لتقييده به بل حيث ان الحق الثابت بعقد الوكيل يكون مغيا به فيدور بقاء حق الوكيلين و ثبوت حق الموكل وبقائه مدار عدم تفرق الوكيلين فقط (وفيه) ماتقدم من ان ثبوت الحق للموكل ليس الا من جهة صدق البيع عليه وعليه فيعتبر فيه ايضا الاجتماع والافلا وجه لثبوته له لان الخيار متعلق بالعقد لابالمال مع انه لو كان متعلقا به لما كان وجه لثبوته للوكيل بعد فرض كون ثبوته له من جهة صدق البيع عليه.(ودعوى) ان الموكل كما انه بعقده يستفيد بازاء ماله ملكا وحقا فكذا بتوكيله يستفيد ماكان له مباشرة (مندفعة) بان الموكل انما يستفيد بازاء ماله ملكا من جهة كون المال له و البيع له وهذا موجود في بيع وكيله و اما استفادته الحق فانما تكون لاجل بايعيته وعاقديته وهذا العنوان مفقود في فرض التوكيل على الفرض فلاوجه لثبوته له (الثاني) ما افاده المحقق الايرواني ره وهو ان المجلس لا عنوان له في الخيار

ولا انيط به الخيار وانما العبرة ومدار الخيار على هيئة المتبايعين من النسبة والبعد حين ما صارا متبايعين فيحدث الخيار قائما بهذه الهيئة و يستمر ما استمرت الهيئة و يزول بزوال الهيئة بالافتراق فاذا تعاقد الوكيلان وكان الموكلان حينئذ على نسبة خاصة من البعد يثبت لهما الخيار متقوما بهذه الهيئة دائما بدوامها و منقطعا بانقطاعها (وفيه) ما تقدم من انه من جعل هذا الخيار مغيا بالافتراق يعلم اعتبار الاجتماع فى ثبوته و انه لاخيار مع عدم الاجتماع اذلا تفرق الا بعد الاجتماع فراجع .

واستدل للثالث بانه اذا كانت الوكالة منتهية ببيع الوكيل كان اجتماع الوكيلين كاجتماع الاجنبيين والمفروض عدم اجتماع الموكلين وحيث انه يعتبر فى ثبوت هذا الخيار الاجتماع فلا يكون ثابتا لهما - واما اذا كانت الوكالة باقية بعد البيع وكان الوكيل وكيلا مفوضا مستقلا - كان اجتماع الوكيلين اجتماعا للموكلين لانهما بدنان تنزيليان للموكلين فيثبت لهما الخيار وان لم يكونا ببدنيهما الحقيقيين مجتمعين (وفيه) ان الاجتماع كساير الافعال التى تكون قيامها بفاعلها على نحو الحلول كالفرح والسواد ونحوهما لا يستند الى شخصين طولا احدهما المباشر والاخر السبب - فكما لا يقال لسبب وجود الفرح فى زيد انه فرح ولا لسبب وجود السواد فى جسم انه اسود - بخلاف الافعال التى يكون قيامها بفاعلها على نحو الايجاد والاصدار كالتكلم والتوفى والبيع ونحوها - فانها تستند الى المباشر والسبب - ولذا ورد تارة (١) (الله يتوفى الانفس حين موتها) واخرى (٢) (قل يتوفيكم ملك الموت) فكذلك لا يقال للموكل السبب لاجتماع الوكيلين انه مجتمع مع غيره بل هو مجمع لاحدهما مع الاخر (وبالجملة) الاجتماع من الافعال التى لا تنسب الى غير المباشر فالصحيح ما ذكرناه .

---

(١) سورة الزمر الاية ٤٢

(٢) سورة السجدة الاية ١١

تقدم الفسخ على الاجازة

الثاني انه لو ثبت الخيار للموكل والوكيل ففسخ احدهما واجاز الاخر هل يقدم الفاسخ على المجيز - كما في مورد ثبوت الخيار للبايع والمشتري - ام يكون اعمال السابق خياره نافذا ويسقط الخيار عن الباقي كما اختاره المصنف ره. وجهان - وغاية ما يمكن ان يقال في وجه ما ذهب اليه المصنف ره امران .

احدهما ان تقدم الفاسخ على المجيز انما هو في فرض ثبوت الخيار لكل من الشخصين الذين لهما الخيار كما في مورد الخيار من الجانبين وفيما نحن فيه يكون الثابت خيارا واحداً قائما بطبيعة البايع وطبيعة المشتري المنطبقة في كل جانب على المتعدد فاذا سبق واحد من افراد الطبيعة الى الاعمال فسخا اوامضاءاً سقط خيار البقية لانه يصدق ان الطبيعة فسخت او ابرمت لفسخ واحد منهما او اجازته (ثانيهما) انه وان كان الثابت للموكل والوكيل خيارين الا ان الموكل اذا اعمل خياره باجازة اوفسخ يكون ذلك فسخا عمليا للوكالة ومعه لا مورد لاعمال الوكيل خياره لانه سقط بالعزل واذا اعمل الوكيل خياره كان ذلك اعمالا للموكل خياره لان فعل الوكيل فعل للموكل و ان لم يقصد الوكالة والنيابة بل وان قصد عدمها - كما لو باع الوكيل دار موكله بعنوان الفضولية وعليه فلا يبقى مورد لاعمال الموكل خياره.

وفي كلا الوجهين نظر (اما الاول) فلان قوله عليه السلام (١) البيعان بالخيار كساير القضايا الشرعية يكون من قبيل القضية الحقيقية المنحلة الى قضايا عديدة حسب ما للموضوع من الافراد الخارجية ويثبت به لكل فرد من افراد الموضوع حكم واحد غير ما هو الثابت لغيره من الافراد وعليه - فكل من الموكل والوكيل له خيار غير ما يكون للاخر (واما الثاني) فلان الخيار الثابت للوكيل ليس ثابتا له بعنوان الوكالة بل بعنوان انه بايع فاعماله خياره ليس اعمالا للموكل (مع) ان فعل الموكل يكون

---

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار

عزل للوكيل اذا كان منافيا مع بقاء الوكالة و اما فى مثل المقام فلا (فالاظهر) ان المقام من موارد تقديم الفاسخ على المجيز.

بيان حقيقة تفرق الموكلين

الثالث قال قده فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد او عن مجلس العقد او بتفرق المتعاقدين او بتفرق الكل - اقواها الاخير الخ واورد عليه السيد فى الحاشية بان الظاهر ان الحكم معلق على صدق التفرق لا على صدق عدم التفرق والمفروض صدقه وان كان يصدق عدم التفرق ايضاً مع بقاء اصيل او وكيل فيكفى فى سقوط الخيار تفرق احد الشخصين الوكيل او الموكل.

اقول تحقيق القول فى المقام ان المستفاد من النصوص (١) كون شرط الخيار عدم التفرق وغاية ثبوته التفرق - وهما نقيضان لا يرتفعان ولا يجتمعان - وعليه - فان كان الخيار ثابتا لجنس البايع والمشترى بلا نظر الى الافراد كان الخيار ثابتا مالم يفترق الجميع عن الجميع وان تفرق البعض عن البعض لانه لا يصدق افتراق الجنس وان صدق افتراق بعض المصاديق فما افاده المصنف ره متين الا انه يرد عليه مضافا الى ما تقدم من منافاة المبنى لظاهر القضية - ان لازم ذلك الالتزام بثبوت الخيار للموكلين وان لم يجتمعا لصدق اجتماع الجنسين مع اجتماع الوكيلين و ان قلنا بان الخيار ثابت للافراد لا للجنس - كما هو الحق - فاما ان يكون مجلس الموكلين غير مجلس الوكيلين - او يكون مجلس الجميع واحدا - فان كان المجلس متعددا يكون سقوط خيار كل من الصنفين تابعا لتفرقه فلو تفرق الوكيلان سقط خيارهما دون خيار الموكلين ولو انعكس الامر انعكس - وان كان مجلس الجميع واحدا وكان اجتماعهم للمعاملة اجتماعا واحدا لامحالة يكون لكل بايع مشتريان ولكل مشتر بايعان اذ مجموع الموكل والوكيل بايع كما ان مجموع الوكيل و الموكل مشتر وح لو تفرق الموكل و الوكيل سقط

---

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار

الخيار وان تفرق الموكل من طرف اوهومع الوكيل من الطرف الاخر سقط خيار المتفرق وبقى خيارمن لم يتفرق لانه يصدق عدم تفرق البايع عن المشترى - وبهذا يظهر ما فى كلمات القوم فى المقام وان هذا وجه رابع لم يذكره المصنف ره .

تفويض الامر الى الوكيل

الرابع قال قده ثم هل للموكل بناء على ثبوت الخيار له تفويض الامر الى الوكيل بحيث يصير ذاحق خيارى الاقوى العدم لان المتيقن من الدليل الخ

وقد اورد عليه جل المحشين بان ماذكره المصنف ره علة للعدم غير مرتبط بدعواه اذلا يراد اثبات الخيار للوكيل بادلته كى يقال ان متيقن الادلة ثبوت الخيار فيما ثبت من حال العقد وانما يراد اثبات الخيار له بنقل من الموكل وخيار الموكل ثابت من حين العقد (اقول) يقع الكلام فى مقامين (الاول) فى صحة نقل الخيار الى الوكيل وعدمها (الثانى) فى بيان مراد المصنف ره- اما المقام الاول فالاظهر صحة النقل لا بمعنى التوكيل فى الفسخ والامضاء فان ذلك مما لا كلام فى صحته - ولا بمعنى جعل حقه الثابت له شرعا لغيره ابتداء اذ هذا مما لا كلام فى عدم صحته اذليس امر الجعل بيده - بل بمعنى نقل حقه اليه بناقل - لانه بعد القطع بانه قابل للاسقاط كما ياتى تفصيله مقتضى عموم (١) اوفوا بالعقود جواز نقله ونفوذ العقد الواقع عليه .

وقد استدل المحقق الاصفهانى ره لعدم جواز نقله بان حق خيار المجلس حيث انه مغيا بالافتراق فثبوته مع عدم لحاظ الغاية مناف لفرض كونه مغيا - وثبوته الى افتراق المنقول اليه عن طرفه بلاوجه لان افتراق المنقول اليه ليس مقابلا للاجتماع على المعاملة المستفاد من الغاية - وثبوته للمنقول اليه الى حصول الافتراق من الناقل خلاف ظاهر النص لان ظاهره استمرار الخيار الى افتراق ذى الحق عن طرفه والناقل ليس له حق حتى يمتد الخيار الى زمان افتراقه (وفيه) انا نختار الشق الاخير وما

---

(١) المائدة الاية ٢

ذكره يرده ان الافتراق قيد للموضوع وهومركب من امرين - كونه بيعا ومجتمعا مع طرفه والمنقول انماهو الحكم الثابت لهذا الموضوع بلاتصرف فيه فمادام بقاء هذا الموضوع يكون الخيار المنقول ثابتا للمنقول اليهفاذا ارتفع الموضوع بارتفاع احدجزئيه سقط الخيار عن المنقول اليه .

واما المقام الثانى - فالظاهران مراد المصنف ره ليس نقل الخيارالى الوكيل ولايكون هذامورد كلامه بل محل كلامه اثبات خيار آخر للوكيل غير خيار الموكل فيما اذا فوض الموكل امر المال اليه بعدالعقد (توضيح ذلك) انه ذكر المصنف ره سابقاانه يعتبر فى ثبوت الخيارامران- الاول-صدق البيع - الثانى - تسلطه على ماانتقل اليه وفى هذه المسألة فرض المصنف مالوكان وكيلا تنتهى وكالته بالعقد فلاخيار له فى نفسه وانما الكلام فى انهاذا فوض الموكل امر المال بعدالبيع اليه قبل التفرق هل يثبت له الخيار نظرا الى تحقق كلاالقيدين ام لاوقد اختارعدمه من جهةانظاهر الادلةاومتيقنها ثبوت الخيار من حين العقد وهذا الوكيل حين العقد لم يكن مسلطاعلى ماانتقل اليه فلم يكن الخيارثابتا له فبعد ماصار مسلطا عليه لايثبت له الخيار وعلى هذافمافاده متين ولايرد عليه ايراد المحشين والشاهد على ان مراده ذلك مضافا الى ظهوركلامه فيه ان مسألة نقل الخيار بحث عام غيرمربوط بالوكالة والوكيل والاجنبى فيه سواء ولاوجه لجعله فى ذيل هذه المسألة .

فى ثبوت الخيار للفضولى

قوله قده ومماذكرناه اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين وان جعلنا الاجازة كاشفة الخ الكلام يقع فى مقامين -الاول - فى ثبوت الخيار للفضوليين وعدمه - الثانى - فى ثبوته للمالكين مع الاجازة .

اما الاول فتقريب ثبوته بعدصدق البيع على الفضولى ان الخيارملك حل العقد لاملك استرجاع العين وموضوعه العقد الاعم من المؤثر الفعلى والاقتضائى - كمايشهد لكلاالامرين ثبوت الخيار فى الصرف والسلم قبل القبض - وعلى ذلك فمقتضى اطلاق

الادلة ثبوت الخيار لهما (واستدل) المصنف ره لعدم ثبوته بفحوى ماتقدم من عدم ثبوته للوكيلين غير المستقلين (وفيه) ان بعض ماذكره وجها لعدم ثبوته لهما وهو ان المتبادر من النص غيره لايجرى فى المقام على اعترافه بصدق المتبايعين عليهما - وبعضه كعدم تسلط العاقد على ما انتقل اليه بعينه يجرى فيه - فلاوجه لدعوى الاولوية - ولكن حيث عرفت ان الوجه فى عدم ثبوت الخيار للوكيل عدم صدق البيع عليه - فعلى فرض تسليم صدقه على الفضولى يتعين البناء على ثبوت الخيار له :

- واما المقام الثاني - فالاقوال فيه اربعة (احدها) ما مال اليه المصنف ره وهو ثبوت الخيار للمالكين مع حضور مجلس العقد - اومجلس الاجازة على القول بالنقل (ثانيها) ما اختاره المحقق الاصفهانى وهو عدم ثبوت الخيار لهما مطلقا (ثالثها) ما افاده المحقق النائينى ره وهو الثبوت لو اجازا فى مجلس العقد وعدم الثبوت لو اجازا فى مجلس آخر (رابعها) الثبوت مع حضور مجلس العقد - اومجلس الاجازة مطلقا اى حتى على القول بالكشف .

واستدل لعدم الثبوت مطلقا (بان) موضوع الخيار هو البيع وهو لا يصدق الاعلى من صدر عنه البيع اما بالمباشرة او بالتسبيب - و مجرد الاجازة لا يصحح الانتساب المذكور وليست الاجازة محققة للقيام باحد الوجهين وان صار البيع بيعه بالاجازة الا انه ليس بايعه ولايقال انه باعه (وفيه) انه ان قلنا بان حقيقة الانشاء هى الايجاد تم ما افاده - واما بناء على ما اخترناه وذكرناه فى اوائل الجزء الثانى عشر من هذا الشرح من ان الانشاء عبارة عن ابراز امر نفسانى من اعتبار و نحوه فلا يتم اذ المجيز حين مايجيز يعتبر ملكية طرفه لماله فى مقابل ملكية ماله له ويبرز ذلك بالاجازة فهو حين الاجازة يصير بايعا حقيقة .

واستدل المحقق النائينى ره لما ذهب اليه من عدم الثبوت اذا لم يحضرا مجلس العقد بانه يحتمل دخل خصوصية الاجتماع حال العقد ولادافع لهذا الاحتمال واطلاق البيعان بالخيار ليس بصدد البيان من هذه الجهة (و فيه) ان البيعان بالخيار يثبت

الخيار لكل من صدق عليه البيع و كان مجتمعا حين صدق هذا العنوان عليه مع طرفه واحتمال دخل الخصوصية المشار اليها يدفع بالاطلاق و دعوى عدم كونه بصدد البيان من هذه الجهة كما ترى.

فالحق ثبوت الخيار لهما في صورة الاجتماع مع المجيز الاخر امافي مجلس العقد اومجلس آخر حين الاجازة وماذكره المصنف ره من الاختصاص بالقول بالنقل لاوجه له فانه لافرق بين القولين سوى حصول الملكية من حين العقد على القول بالكشف ـ وهذا غير دخيل في الخيار ولذا يثبت الخيار في بيع الصرف والسلم مع عدم حصول الملك قبل القبض ـ فالاظهر هو القول الرابع.

قوله قده نعم يحتمل في اصل المسألة ان يكون الاجازة من المجيز التزاما بالعقد الخ لكنه احتمال ضعيف فـان الاجازة و ان كانت بلفظ التزمت تكون التزاما بالمعاملة ـ و هذه بخلاف اجازة من له الخيار فانها التزام باللزوم بمعنى انها اماتكون ابراما للعقد اواسقاط الحقه الخياري ـ ولعله الى هذا اشار بالامر بالتامل

قوله قده فلو تبايع غاصبان ثم تفاسخا لم يزل العقد الخ ملخص القول في المقام انه على القول بثبوت الخيار للفضوليين كما تقدم لاسيما في الفضولي المستولي على العين ـ ينحل العقد بذلك ويسقط عن قابلية لحوق الاجازة ـ وعلى القول بعدم الثبوت لم يزل العقد عن قابلية لحوق الاجازة.

اذا كان العاقد واحدا

قوله قده لو كان العاقد واحدا لنفسه اوغيره عن نفسه اوغيره ولاية اووكالة الخ وقد ذكر في وجه عدم ثبوت الخيار له من ناحيتين (الاولى) من ناحية تثنية موضوع الخيار (الثانية) من ناحية الغاية وهي الافتراق.

اما ـ من الناحية الاولى ـ فتقريبه ان الموضوع هو البيعان وهذا اللفظ ظاهر في التعدد ولايشمل ما اذا كان البايع والمشتري واحدا (وفيه) ان التثنية في المقام

باعتبار العنوان ای البایع والمشتری لاالافراد والعنوان فی المقام متعدد وبعبارة اخری هذه قضیة حقیقیة ومتضمنة لثبوت الخیار علی کل فرد صدق علیه عنوان البایع او المشتری والعاقد فی المقام یکون مجمع العنوانین فیثبت له الخیار.

واما من الناحیة الثانیة ـ فتقریبه من وجوه (منها) ماعن المحقق الخراسانی ره من ان الافتراق المجعول غایة ومقابله الذی هو قید للموضوع من قبیل العدم والملکة والشخص الواحد غیر قابل لعروض الافتراق علیه فیکون خارجا عن مورد الحکم (وفیه) ان الافتراق لیس عبارة عن عدم الاجتماع کی یکون هو ومایقابله من قبیل العدم والملکة بل الافتراق وعدمه من قبیل السلب والایجاب لایعقل ارتفاعهما (ولعله) الی ماافاده المحقق الخراسانی ره نظر المحقق النائینی ره حیث قال ان قوله علیه السلام مالم یفترقا قید للموضوع فیختص الخیار بمورد یمکن فیه الافتراق والاجتماع (ومنها) ان الغایة لابد وان تکون امر امه مکنا والالامعنی لجعله غایة وحیث ان التفرق فی شخص واحد غیر معقول وظاهر النص کون الغایة غایة فی کل مورد یثبت الخیار فیختص الخیار بمورد تعدد البایع و المشتری المعقول فیه التفرق (وفیه) ان عدم صحة جعل امر غیر معقول غایة انمایکون من جهة اللغویة ـ وعلیه ـ فاذاامکن تحقق الغایة فی مورد ولم یمکن فی مورد آخر صح جعل الحکم بنحو الاطلاق وجعل ذلك الشیء غایة ـ کماان الامر کذلك فی شرائط الموضوع وقیوده لاحظ الاستطاعة المجعولة قیدا لوجوب الحج (ومنها) ان الغایة قید للحکم فالحکم هو الخیار المقید بما قبل الافتراق ای الخیار الملحوق بالافتراق فاذالم یمکن الافتراق لم یکن الخیار ثابتا (وفیه) ان الغایة ماینتهی عنده الحکم لاانها مقیدة للحکم ـ فالاظهر ثبوت الخیار له من الجانبین.

قوله قده ثم لو قلنا بالخیار فالظاهر بقائه الی ان یسقط باحد المسقطات الخ

وفی حاشیة السید یمکن ان یقال یبقی الی مقدار طول مجلس نوع المتعاقدین بمعنی مقدار اطول المجالس اواوسطها ـ (وفیه) ان الافتراق لم یجعل غایة من جهة کونه طریقا الی مقدار من الزمان کی یجری فیه ذلك بل الظاهر من النص دخله فیه من حیث

هو فالاظهر بقائه الى ان يسقط باحد المسقطات .

استثناء من ينعتق على احد المتبايعين

قوله قده قد يستثنى بعض اشخاص المبيع-منها من ينعتق على احد المتبايعين الخ الوجوه بل الاقوال فى هذه المسألة ثلاثة (احدها) الثبوت مطلقا (ثانيها) ماهو المشهور بين الاصحاب وهو العدم كك (ثالثها) ما احتمله فى محكى الدروس وهو التفصيل بين البايع والمشترى والثبوت للاول-والكلام فى المقام مبنى على عدم توقف الملك على انقضاء الخيار والافلا اشكال فى ثبوت الخيار (كما انه) ينبغى نفى الاشكال عن عدم الثبوت بناء على عدم دخول من ينعتق على شخص فى ملكه اذ المعاملة ح اما ان تكون استنقاذا محضا كاشتراء المسلم الاسير من الكافر-اووان كانت معاملة عقلائية متضمنة للتمليك الا ان الشارع الاقدس لم يمضها وحكم بعدم انتقاله الى المشترى وصيرورته منعتقا-اوان البيع فى الفرض ليس تمليكا بل الاعطاء بعوض الذى هو حقيقة البيع اثره فى مثل هذا البيع الانعتاق ففى الحقيقة يكون المال بازاء الانعتاق- وعلى جميع التقادير لاوجه لثبوت الخيار-اما على الاول فلانه لا يصدق على المتعاقدين البيعان-واما على الثانى فلان الخيار حكم شرعى ثابت للبيع الصحيح وهذا البيع على الفرض ليس كك-واما على الثالث فلان الالتزام المزبور غير قابل للفسخ للاجماع على عدم رجوع الحر عبدا .

انما الكلام فيما لو بنينا على عدم توقف الملك على انقضاء الخيار وانتقال من ينعتق الى من ينعتق عليه ثم انعتاقه-والكلام فيه يقع فى جهتين (الاولى) فى وجود ما يقتضى الخيار-بمعنى شمول ادلة الخيار له (الثانية) فى انه على فرض الشمول فى نفسه هل هناك ما يمنع عن ثبوته ام لا .

اما الاولى فقد استدل المحقق الايروانى ره لعدم المقتضى بان المستفاد من دليل الخيار تقوم حق الخيار بقيام العوضين اما بتعلق الحق به ابتداء اووان كان الحق قائما بالعقد لكن ذلك لغرض استرجاع العوضين فلا يكون حيث لا يكون العوضان قائمين (وفيه) ان حق الخيار متعلق بالعقد- والمراد من كون الغرض استرجاع العوضين ان كان هو

غرض من له الخيار فيرد عليه ان ذلك ليس قيداً للخيار وان كان غرض الشارع فيرد عليه انه غير ثابت فالحق ثبوت المقتضى له .

واما الثانية فقد استدل لوجود المانع عن ثبوته بوجوه (الاول) ما عن العلامة ره و هو انه لاخيار لمن انتقل اليه لانه وطن نفسه على الغبن المالى والمقصود من الخيار ان ينظر ويتروى لدفع الغبن عن نفسه - ولا لمن انتقل عنه لتغليب جانب العتق (وفيه) ان المشترى وطن نفسه على انعتاق من يشتريه باذاء قيمته الواقعية لا على الغبن من حيث المعاملة - وتغليب جانب العتق انما يقتضى عدم رجوع الحر عبدا ولا كلام فى ذلك وانما محل الكلام الرجوع الى قيمته (الثانى) ان ثبوت الخيار او سقوطه انما هو بعد تحقق القبض من المشترى ثم دعوى الرجوع الى القيمة لثبوت الخيار وامتناع تعلقه بالعين اوسقوطه - وعليه - فحيث ان البيع اتلاف للمبيع وموجب لخروجه عن المالية فلا يتحقق القبض فلا مورد لثبوت الخيار اوسقوطه (وفيه) ان القبض المعتبر فى البيع المترتب عليه الاثار ليس هو القبض الخارجى بل عبارة عن رفع اليد عنه وجعله تحت سلطانه ويده - وعليه فنفس انعتاقه عليه اقباض - و لو لا ذلك لابد وان يكون التلف من مال البايع ولا يستحق شيئاً من الثمن والقيمة وهذا مما لم يقل به احد (الثالث) ما افاده المصنف ره - بان البايع والمشترى قد تواطئا على اخراجه عن المالية الذى هو بمنزلة اتلافه و سيجىء سقوط الخيار بالاتلاف بل بادنى تصرف فعدم ثبوته به اولى (وفيه) ان سقوط الخيار بالتصرف والاتلاف ليس من الامور البرهانية حتى يكون ما ذكر وجها له جاريا فى المقام بل انما هو من جهة ما فى نصوص (١) خيار الحيوان من التعليل بكون ذلك رضا منه بالبيع - فلابد من الاقتصار على التصرفات الكاشفة نوعا عن الرضا بالبيع و هذا يختص بما اذا كان التصرف واردا على ملكه ولا يجرى فى التصرف قبله او حينه كما لايخفى (وان شئت قلت) ان الاولوية ممنوعة فان سقوط الخيار باتلاف المشترى ماله

---

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١

الذى له فيه الخيار لايقتضى عدم ثبوته له باتلافه مال الغير فان العبد انما يخرج عن المالية بقبول المشترى العقد الواقع عليه (مع) ان البيع ليس اتلافا للمبيع بل انما يكون البيع اقداما على ايجاد الملكية والانعتاق حكم شرعى مترتب عليه قهرا فالاظهر ثبوت الخيار.

قوله قده و قد يقال ان ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنى الخ

القائل هوصاحب المقابيس ره- وحاصل كلامه انه ان قلنا بان الخيار والانعتاق معلولان للبيع فى عرض واحد- اومعلولان للملك المعلول له - اوان الخيار معلول للملك والانعتاق معلول للبيع- يقوى القول بعدم ثبوت الخيار اما على الاخير فلسبق الانعتاق على الخيار واما على الاولين فلانصية اخبار العتق- ولا يتوهم امكان الجمع بالرجوع الى القيمة لانها بدل العين فيمتنع استحقاقها من دون المبدل -ثم احتمل قريبا ثبوت الخيار و ذكر فى وجهه وجوها (احدها) انه جمع بين الحقين (ثانيهما) ان التعارض بين النصين انما يكون بالنسبة الى نفس العين واما بالنسبة الى القيمة فلا منافاة اصلا بل هو عمل بالنصين ومقتضى ذلك الرجوع الى القيمة للاجماع على عدم امكان زوال يد البايع عن الثمن وعن قيمة المبيع (ثالثها) تنزيل الفسخ منزلة الارش فكما ان الانعتاق لايوجب سقوط حق المشترى من الارش اذا ظهر المبيع معيبا فكذا لايوجب سقوط حق البايع بالنسبة الى القيمة لعدم التنافى بينهما. واما لوقلنا بان الخيار معلول للبيع والانعتاق معلول للملك المعلول له- فيقوى القول بثبوت الخيار لسبق تعلق حق الخيار، ثم اختار هو قده الاخير.

اقول فى كلامه مواقع للنظر (الاول) ما ذكره من انصية اخبار العتق فى وجه السقوط -فانه يرد عليه- ان الانصية لاتنافى ثبوت الخيار بالنسبة الى القيمة وما ذكره من امتناع استحقاقها من دون المبدل لايرجع الى محصل اذ المفروض حصول المبدل وهو العين فى ملكه - والتلف عليه (مع) ان تعارض اخبار(١) الانعتاق واخبار

---

(١) الوسائل - باب ٧ - من ابواب كتاب العتق

الخيار(١) ليس من باب تعارض الدليلين بل من باب تزاحم الحقين فانصية احدهما غير مفيدة (الثاني) ماذكره من الاجماع على عدم امكان زوال يد البايع عن العوضين فانه يرد عليه انه على فرض الفسخ بالخيار لايزول يد البايع عنهما انمع الفسخ ياخذ القيمة (الثالث) ماذكره من تنزيل الفسخ منزلة الارش فانه يرد عليه ان عدم مانعية الانعتاق من اخذ الارش انما هو من جهة عدم منافات دليل الارش لدليل الانعتاق بخلاف المقام كما لايخفى .

قوله قده اقول ان قلنا انه يعتبر في فسخ العقد بالخيار و بالتقايل الخ مبنى الشرطيتين ان الخيار حق حل العقد حقيقة اورفع اثره ـ وعلى الاول ـ بما ان عقد المعاوضة مقتض لخروج كل من العوضين عن محل يدخل فيه الاخر فيكون حله مقتضيا لخروج المعوض عن ملك المشترى الى ملك البايع وكذلك العكس فلامحالة يكون الفاسخ متلقيا للملك من المفسوخ عليه ـ واما على الثانى ـ فلا يقتضى ذلك بل حيث ان اثر العقد بقاء مضمونية العين بمطلق البدل فرفعه انما هو بضمان قيمته.

قوله قده لم يكن وجه للخيار فى ما نحن فيه الخ غاية ما يمكن ان يقال فى وجه ذلك ان رجوع العين الى المشترى حتى يتلقى الفاسخ منه اما تحقيقى اوتقديرى والاول مستلزم لعود الحر رقا وهو ممتنع شرعا ـ والثانى لايجدى فان الملكية الفرضية التقديرية للانعتاق لا اثر لها سوى الانعتاق (ولكن) يمكن رد الاول بان عود المبيع حقيقة ان كان بعوده بشخصه جاء المحذور المذكور وان كان عوده بماليته المتحفظة تارة بعينه واخرى ببدله الذى لابد للقائل بثبوت الخيار مع تلف العين من الالتزام بذلك فلا يكون واردا كما لايخفى ـ و يمكن رد الثانى بان المقدر بعد الفسخ على فرض الخيار ليس هو الملكية التى اثرها الانعتاق بل الملكية التى اثرها رجوع البايع فى قيمته الى المشترى وهذا لامحذور فيه .

قوله قده الامع اقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم الخ و اورد عليه المحقق النائينى ره بانه يمكن ان يقال بسقوط الخيار حتى فى مورد الجهل لان

---

(١) الوسائل ـ باب ١ـ من ابواب الخيار

انشاء البيع اذا كان سببا للاتلاف فالجهل به لايقتضى عدم تأثير السبب كما فى كل ماكان من قبيل الاسباب والمسببات (وفيه)انه فى ساير الموارد انما نلتزم بعدممانعية الجهل وثبوت الحكم فى ذلك المورد من جهة اطلاق الادلة - وفى المقام الدليل يختص بصورة العلم لان الدليل ينحصر فى النصوص الواردة فى خيار الحيوان المتضمنة لمسقطية الاتلاف للخيار و هى لاسيما من جهة ما فيها من التعليل بانه رضا منه تختص بصورة العلم .

المسلم المشترى من الكافر

قوله قده ومنها العبد المسلم المشترى من الكافر الخ الاقوال والوجوه فى المسألة اربعة (احدها) عدم ثبوت الخيار مطلقا (ثانيها) الثبوت مطلقا ورجوع العبد نفسه (ثالثها) الثبوت مطلقا وتقدير ملك الكافر للمسلم بعد الفسخ بمقدار مايستحق به البدل اختاره المصنف ره (رابعها) التفصيل بين البايع والمشترى وثبوت الخيار للثانى دون الاول - وثبوت الخيار للمشترى اما بارجاع العبد نفسه اوقيمته.

وقد استدل للاول ؟ بان الكافر لايملك المسلم وبمجرد الاسلام يخرج عن ملكه وانما كان له حق فى قيمة من تملكه كارث الزوجة من العقار. فتكون المعاملة عليه ح بتملك المسلم اياه بقيمته و استيفاء الكافر لثمن العبد (عليه) فليست هى بيعا فلاتشملها ادلة الخيار (وفيه) انه لادليل على خروج العبد بمجرد الاسلام عن ملك مالكه وآية(١) نفى السبيل لاتدل على ذلك لان الملكية التى يكون صاحبها محجورا عن التصرف فى المملوك لاتعد سبيلا . مع - ان مادل(٢) على انه يجبر على البيع يدل على بقاء الملكية .

واستدل للثانى- بما عن العلامة فى القواعد وهو خروج الملك القهرى كالارث

---

(١) النساء - الاية ١٤١

(٢) الوسائل - باب ٧٣ من ابواب كتاب العتق

عمادل على ان الكافر لايملك المسلم والملك العائد بحل العقدقهري لاتملك ابتدائى بالاختيار (وفيه) ان ذلك يتم بالنسبة الى فسخ المشترى دون فسخ البايع فان التملك ح باختياره وبه يظهر مدرك القول الرابع .

واستدل للثالث ـ بان ثبوت الملكية للكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سبيلا للكافر على المسلم (وفيه) ان الملكية الحقيقية فى ذلك المقدار من الزمان وان لم تكن سبيلا الا انها فى الزمان الطويل مع محجورية التصرف ولزوم البيع عليه ايضا لاتعد سبيلا (فتحصل) ان الاظهر هو القول الرابع بعد البناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختياراً على ماهو المفروض فى عنوان المسألة وتقدم تحقيقه فى الجزء الثالث عشر من هذا الشرح .

شراء العبد نفسه

قوله قده ومنها شراء العبد نفسه بناء على جوازه الخ مفروض المسألة شراء العبد نفسه من مولاه لنفسه وذلك اما بالشراء بمال فى ذمته او بمال شخصى خارجى مع عدم كون ماله لمولاه او بمال غيره بناءاً على ما هو الحق من جواز شراء شيء لشخص بمال آخر كما تقدم تحقيقه ـ وقد ذهب المصنف الى عدم ثبوت الخيار ولو بالنسبة الى القيمة قال لعدم شمول ادلة الخيار له ـ اقول وجه عدم الشمول ان كان عدم عود الحر رقا ـ فيرد عليه ان ماذكره فى وجه عود القيمة فى بيع من ينعتق عليه يجرى فى المقام وان كان هو ماافاده المحقق الايروانى ره من ان ملك الشخص لنفسه ليس الاعين الحرية فكان بيع العبد لنفسه عبارة اخرى عن العتق ومن المعلوم عدم جريان الخيار فى العتق ـ فيرد عليه ان بيع العبد لنفسه بيع حقيقة واثره الانعتاق على ماتقدم تحقيقه فى اول مبحث البيع عند بيان حقيقته فلا محذور فى ثبوت الخيار فيه .

قوله قده وفيها ايضاً انه لو اشترى جمدا فى شدة الحر ففى الخيار اشكال الخ المحقق الثانى وجه الاشكال بان كون المبيع تالفا شيئا فشيئا مانع عن اعمال الخيار فيه ـ

ثم اورد عليه بان الخيار لايسقط بالتلف (والمصنف) وجه الاشكال باحتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد فى تعلق الخياربها (توضيحه) ان التلف ربما يكون متاخرا عن ثبوت الخيار وربما يكون مقارنا للخيار المترتب على العقدوماذكروه من انه لايسقط الخيار بالتلف يكون المراد به التلف المتاخر- لاالتلف المقارن كما فى المقام (وفيه) انه لادليل على اعتبار عدم التلف فى ثبوت الخيار (والمحقق النائينى ره وجه الاشكال بان مورد خيار المجلس هو البيع الذى لم يكن بناء المتعاقدين على الاعراض عن العوضين ومع علمهما بان المال بمجرد البيع يخرج عن المالية اماشرعا اوعادة كما فى المثال فقداقدما على ذهاب مالهما (وفيه) ان البيع ليس اقداماعلى ذهاب المال بل هو يذهب باعالم لاوالبيع انما يكون اقداماعلى الملكية والمتلف انما هو شدة الحر فالاظهر ثبوت الخيار فيه .

اختصاص خيار المجلس بالبيع

قوله قده مسألة لايثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع عند علمائنا الخ الكلام فى هذه المسألة يقع فى مقامين - الاول - فى العقود اللازمة- الثانى - فى العقود الجائزة .

اما الاول - فالاظهر عدم ثبوت الخيار فيها لعدم المقتضى له فان الادلة مختصة بالبيع والمناط غير معلوم كى يتعدى عنه الى غيره - ولايقاس ذلك بالاحكام الثابتة للبيع على القاعدة كخيار العيب فان نفس مايدل على ثبوته فى البيع وهو الاشتراط الضمنى الذى بناء كل عاقد عليه يدل على ثبوته فى غيره - وهذا بخلاف هذا الخيار فان جعله تعبد صرف فلايتعدى منه الى غيره .

واما المقام الثانى - فقد استدل لعدم ثبوت الخيار فى العقود الجائزة مضافا الى عدم المقتضى بوجود المانع وتقريبه من وجهين (احدهما) عدم المعقولية بدعوى ان الخيار ذاتى لها فما معنى جعل الخيار (وفيه) انه بعد شمول دليل الخيار لها يكون الخيار ثابتا من جهتين ذاتية وعرضية كالخيارات المتعددة العرضية وان شئت

قلت ان الخيار الذاتي ايضاً يكون بجعل من الشارع فكلاهما مجعولان ولا اولوية لاحدهما على الاخر كي يلتزم بثبوته دونه (ثانيهما) لزوم اللغوية من جعله (وفيه) ان للخيار آثاراوفوائد ومع عدم اولوية احدهما على الاخر لامعنى لكون خيار المجلس لغوادون الجواز - مع - انه على القول بعدم جواز تصرف غيرذي الخيار في زمان الخيار عدم اللغوية واضح - فان ذلك اثر الخيار الحقي خاصة - فالوجه في عدم ثبوته فيها عدم المقتضى ايضاً.

قوله قده الا انه في المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها - فلايمنع من دخول الخيارين فيها مانع الخ اقول يمكن ان يكون نظر الشيخ ره في كلامه هذا الى ماذكرناه من عدم المانع في ثبوته - والجمع بين كلامه هذا وماذكره في غير موضع من عدم ثبوت خيار المجلس فيها انه وان لم يكن مانع عن ثبوته الا انه لامقتضى له والله العالم.

قوله قده دخول الخيارين في هذه العقود اذا وقعت في ضمن عقد البيع الخ
وفيه ان الخيارح ثابت في البيع لافي ذلك العقد.

قوله قده بدخول الخيارين في هذه العقود لانها جائزة فيجوز الفسخ الخ
يعني ان ذلك الخيار الذاتي بما انه ثابت في المجلس فيصح ان يقال ان خيار المجلس ثابت وهو كماترى.

مبدأ خيار المجلس

(قوله قده مبدأ هذا الخيار من حين العقد - ومقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف والسلم الخ الكلام في هذه المسألة اى جريان الخيار في الصرف والسلم قبل القبض يقع في جهتين (الاولى) في انه هل يجب التقابض في المجلس ام لا (الثانية) في جريان الخيار فيهما على كل من القولين.

اما الجهة الاولى - فقد استدل لوجوب التقابض بوجوه (الاول) ماعن العلامة قده وهو التحفظ على عدم صيرورة المعاملة ربوية (و توضيحه) انه اذاكان العوضان

من جنس واحد وحصل القبض من جانب واحد قبل الافتراق تصير المعاملة كالنسيئة مع المساوات ذامدة واجل فتكون به ربوية لان للاجل قسطا من الثمن (و فيه) انه مع عدم اشتراط التاخير لاتكون ربوية ومجرد الشباهة بالربا لايوجب البطلان (مع) ان هذا الوجه لو تم لدل على وجوب القبض شرطا لاوجوبه مولويا (مع) انه لو تم لدل على وجوب القبض بعد قبض احدهما حقه فتدبر (الثاني) ماافاده المصنف ره - وهو آية(١) وجوب الوفاء بالعقد - بدعوى ان للعقد بنفسه آثارا مع قطع النظر عن ملكيته ويجب ترتيبها ولو قبل حصول الملكية ومنها الاقباض فى المقام (وفيه) انه ان قلنا بان معنى الاية الشريفة هو لزوم ابقاء العقد على حاله واتمامه بعدم فسخه وحله كما قويناه فعدم دلالة الاية ح على وجوب التقابض واضح بل تكون ح ارشادا الى اللزوم - وان قلنا - بان معناها هو ترتيب آثار العقد كما عن المصنف ره - فمعناها هو ترتيب الاثار التى التزما به ومن المعلوم ان ما التزما به هو اقباض كل منهما على فرض اقباض الاخر لامطلقا فلاتدل على لزوم التقابض ولاينتقض بلزوم اقباض كل منهما فى ساير البيوع فان فيها انما يجب الاقباض من جهة تاثير البيع فى الملكية ويجب رد المال الى صاحبه وهذا بخلاف باب الصرف (واما) ما اورده السيد الفقيه وتبعه المحقق الايروانى عليه بان بيع الصرف لااثر له الا بعد التقابض فلايجب الوفاء به الا بعده (فيرد عليه) ان للعقد مرحلة ولتأثيره فى الملك مرحلة اخرى ولكل منهما آثار فاذا كان التقابض من آثار العقد يجب ترتيبه على هذا العقد وان لم يحصل الملك (الثالث) النصوص(٢) المتضمنة للامر بالتقابض والنهى عن البيع الايداً بيد (وفيه) ان تلك الاوامر والنواهى تكون ارشاداً الى شرطية التقابض لصحة العقد وتاثيره فى الملك لامولوية لما حقق فى محله من ظهور الاوامر والنواهى فى المعاملات فى الارشاد - فالاظهر عدم لزوم التقابض.

واما الجهة الثانية فالكلام فيها من ناحيتين - احداهما - من ناحية الاثر -

---

(١) المائدة الاية ٢

(٢) الوسائل - باب ٢ - من ابواب الصرف

الثانية من ناحية المقتضى .

اما من الناحية الاولى ـ فثبوت الاثر للخيار على القول بوجوب التقابض واضح فان اثره حح انه له فسخ العقد واسقاط وجوب التقابض باعدام موضوعه (لايقال) انه على القول بوجوب التقابض كيف يجرى الخيار الذى لازمه عدم وجوبه (فانه يقال) ان الخيار معناه السلطنة على حل العقد ولاينافى ذلك وجوب التقابض على فرض بقاء العقد -ونظير هذا التكليف فى الشرع كثير- لاحظ مالو وهب امته بالغير فانه مع جواز الرجوع يحرم عليه وطئها مع عدم الرجوع ـ و وجوب القصر مادام مسافرا مع ان له ان يقصد الاقامة اويصير حاضرا ـ واما على القول بعدم وجوب التقابض ففى المتن ـ ففى اثر الخيار خفاء الخ اقول لاخفاء فيه فان السلطنة على حل العقد والغائه عن قابلية التأثير على فرض التقابض غير السلطنة على حله بالتفرق .

واما من الناحية الثانية فيمكن ان يقال بقصور ادلة خيار المجلس عن الشمول له ـ من جهة ان ذيل النصوص الدالة على ثبوت خيار المجلس يدل على لزوم البيع بالافتراق فيصلح ذلك قرينة على صدرها ويكون الخيار ثابتا فى بيع لوحصل افتراق البيعين يصير لازماً واما بيع الصرف الذى يبطل بالافتراق قبل التقابض فلايكون مشمولا لها- هذا بناء على عدم دخول التقابض فى البيع شرعا والافعدم ثبوت الخيار فى غاية الوضوح لحكومة مادل على ذلك على ادلة الخيار كمالايخفى .

قوله قده ومماذكرنا يظهر الوجه فى كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين فى مجلس عقد الفضوليين الخ وذلك لان مبدأ الخيار انماهو من حين صدق عنوان البيع و هذا العنوان انما يصدق من حين الاجازة فيثبت الخيار من ذلك الحين من غير فرق بين القول بالنقل اوالكشف .

فى مسقطات الخيار- اشتراط سقوطه

قوله قده لاخلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد الخ شرط سقوط الخيار فى قبال شرط عدم الفسخ ـ وشرط اسقاط الخيار الذين

هما من قبيل شرط الفعل ـ يتصور على وجهين (احدهما) شرط سقوطه بحيث يرجع الى اسقاط الخيار (ثانيهما) شرط عدم كون العقد خياريا ـ والا شكالات الاتية عمدتها تختص بالثانى ـ وبعضها يختص بالاول ـ وبعضها يشترك بينهما ـ وكيف كان يقع الكلام فی مقامين ـ الاول ـ فی شمول ادلة الشروط لهذا الشرط وعدمه ـ الثانی ـ فی انه هل يعارض ادلة الخيار لادلة الشروط على فرض شمولها ام لا .

اما المقام الاول فقد اشكل على التمسك بدليل الشروط فی المقام من وجوه.

احدها ان مفاد المستفيض (١) المؤمنون اوالمسلون عند شروطهم لزوم العمل بالشروط فلابد وان يكون الشرط فعلا اختيار ياللمشروط عليه واختياريا له فلايشمل الشروط الخارجة عن تحت اختياره وقدرته ومنها شرط عدم الخيار (اقول) ان هذا يتم فی نفسه الاان (صحيح) (٢) مالك بن عطية عن سليمان عن الصادق عليه السلام عن رجل كان لهاب مملوك وكانت لابيه جارية مكاتبة قدادت بعض ماعليها فقال لها ابن العبد هل لك ان اعينك فی مكاتبتك حتى تؤدی ما عليك بشرط ان لايكون لك الخيار على ابی اذا انت ملكت نفسك قالت نعم فاعطاها فی مكاتبتها على ان لايكون لها الخيار عليه بعد ذلك قال عليه السلام لايكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم ـ يدل على صحة شرط عدم الخيار و ان المستفيض يشمله وهو يصلح قرينة على ارادة نفوذ كل شرط يكون مربوطا بالمشروط عليه (واورد عليه) بان مورد الصحيح الشرط الابتدائی وهوغير نافذ بالاجماع ـ واجاب عنه المصنف ره بانه مطلق قابل لان يقيد بصورة وقوع الاشتراط فی ضمن عقد لازم ـ وفی حاشية السيد الانصاف ان هذه الرواية دليل على شمول ادلة الشروط للشروط البدوية وانها ايضاً واجبة الوفاء والاجماع على الخلاف ممنوع (اقول) ان مورد الرواية الشرط فی ضمن عقد الهبة لاحظ قوله

---

(١) الوسائل ـ باب ٦ ـ من ابواب الخيار ـ وباب ٤ ـ من ابواب المكاتبة وغيرهما من الابواب .

(٢) الوسائل ـ باب ١١ ـ من ابواب كتاب المكاتبة .

فاعطاها فی مکاتبتها علی ان لایکون لها الخیار ـ ولم یظهر لی منشأ اشتباه القوم وتخیلهم کون مورده الشرط الابتدائی ـ والایراد علیه بان الهبة جائزة والشرط فی ضمن العقد الجائز غیر لازم الوفاء سیاتی الجواب عنه.

ثانیها ان الشرط فی ضمن العقد الجائز لایجب الوفاء به لانه لایزید حکمه علی حکم الاصل بل هو کالوعد فلزوم الشرط یتوقف علی لزوم العقد فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور (وفیه اولا) انه لادلیل علی اعتبار کون العقد المشروط فیه لازما بل مقتضی عموم دلیل وجوب الوفاء به لزومه حتی فی العقود الجائزة (ودعوی) انه لا یزید حکمه علی حکم اصل العقد ـ ان ارید بها انه تابع والتابع لایزید حکمه علی حکم المتبوع فیردها انه لیس بتابع بهذا المعنی بل هو مستقل فی الاعتبار، والدلیل.وان ارید بها انه ینافی جواز العقد الذی لازمه جواز اعدامه وحله مع وجوب الوفاء بالشرط ـ فیردها ان الجواز و اللزوم لایردان علی محل واحد کی یتنافیان بل الجواز انما هو متعلق بما هو کالموضوع للزوم ومقتضاهما معا انه یجوز حل العقد ولکن علی فرض عدم الحل یجب الوفاء بالشرط وکم له نظیر فی الفقه ـ الحاضر یجب علیه الصوم ولکن له ان یسافر فلایصوم وهکذا غیره (وثانیا) انه لو تم البرهان المذکور کان لازمه اعتبار ان لا یبقی العقد جائزا مع لزوم شرطه لالزوم العقد قبل لزوم الشرط وعلیه، فحیث ان مدلول هذا الشرط لزوم العقد فلزوم الشرط عبارة اخری عن لزوم العقد فلا یکون هناك محذور من هذه الناحیة (واما) ماذکره المحقق الاصفهانی ره زایدا علی ذلك بان لزوم الشرط حسب الفرض وان توقف علی لزوم العقد ـ الا ان لزوم العقد لا یتوقف علی لزوم الشرط بل یتوقف علی صحته لان مجرد صحته یکفی فی سقوط الخیار (فیرد علیه) ان دلیل صحة الشرط ولزومه واحد فمع عدم شمول دلیل اللزوم لاسبیل الی الحکم بالصحة فالصحیح ماتقدم.

ثالثها ان هذا الشرط مخالف لمقتضی العقد ـ و المراد من مقتضی العقد فی المقام علی ما ذکره المصنف ره ما یشمل لازمه کالحکم الشرعی و علیه فلا یرد علی المصنف ره بالتهافت بین کلماته حیث جعل الاشکال اولا فی منافاته

لمقتضی العقد واخیراً فی منافاته لحکمه الشرعی کمافی الحاشیة- واجاب المصنف ره عن هذا الاشکال بوجهین (الاول) ان المتبادر من اطلاق دلیل الخیار صورة الخلو عن اشتراط سقوطه-وغایة ما یمکن ان یقال فی توجیهه ان الخیار حیث انه من باب الارفاق بالمالک کی یتروی فی امر المعاملة فدلیله ینصرف الی صورة عدم الالتزام بالمعاملة واشتراط عدم الخیار (وفیه) ان هذا الانصراف بدوی لایصلح لتقیید الاطلاق (الثانی) ان مقتضی الجمع بین دلیل الخیار و دلیل الشرط کون العقد مقتضیا لاتمام العلة (اقول) بعد اصلاحه بان المراد من کون العقد تارة علة تامة و اخری مقتضیاً هوان تمام الموضوع تارة نفس العقد واخری العقد المجرد عن الشرط مثلا انه علی فرض شمول اطلاق دلیل الخیار لصورة الاشتراط ومنافاة الشرط له یکون دلیل الخیار مقدما لتقید دلیل الشرط بالشرط غیر المخالف للکتاب و السنة (والحق) ان یقال بعد عدم کون هذا الشرط منافیا لمقتضی العقد بمعناه الاخص وهو المنافی لحقیقة العقد کالبیع بشرط ان لایملك - والمنافی لما یتقوم به العقد کالبیع بشرط ان لایکون له عوض ان هذا الشرط لیس مخالفا للکتاب والسنة فان الخیار من الحقوق القابلة للاسقاط والنقل-فله ان یسقطه بعد تحققه ومن اول آن ثبوته بان یمنع عن ثبوته فشرط عدم الخیار بهذا المعنی اوسقوطه لیس مخالفا للشرع لفرض جوازه وان له ذلك -وتمام الکلام فی ذلك موکول الی محله.

رابعها ان اسقاط الخیار فی ضمن العقد اسقاط لما لم یجب فان الخیار لایحدث الا بعد العقد فاسقاطه فی ضمن العقد کاسقاطه قبله - واجاب المصنف ره عنه بانه مع شرط الخیار لایشمل ادلته ذلك العقد ففائدة الشرط ابطال المقتضی لا اثبات المانع-وقد عرفت الجواب عن ذلك.

والحق ان یقال (اولا) ان هذا الوجه مختص بشرط السقوط و لا یجری فی شرط عدم الخیار بمعنی اشتراط عدم ثبوته (وثانیا) ان شرط سقوطه عند حصوله لامانع منه سوی التعلیق الذی لادلیل علی المنع عنه سوی الاجماع المختص بغیر الشرط کیف و قد ادعی الاجماع علی سقوط خیار المجلس باشتراط سقوطه

فى ضمن العقد (فتحصل) ان شرط سقوط الخيار بكلا معنييه لامانع عنه و يشمله ادلة الشروط.

المقام الثانى قديتوهم انه يعارض ادلة الشروط مع ادلة الخيار والنسبة بينهما عموم من وجه فلاوجه لتقديم الاولة ـ ولكنه فاسد ـ فان كل مشروط لا محالة يكون محكوما بحكم قبل ان يقع فى حيز الشرط فح اما ان يوافق حكمه مع الشرط كما لو شرط فعل واجب او مستحب ـ واما ان يخالفه لاسبيل الى تخصيص ادلة الشروط بالقسم الاول كما هو واضح ـ وحيث ان نسبة دليل الشرط مع كل واحد من ادلة تلك الاحكام عموم من وجه ـ فيدور الامر بين تقديم جميعها على دليل الشرط وتقديمه على جميعها ـ وتقديمه على بعضها ـ والاخير مستلزم للترجيح بلا مرجح والاول مستلزم لالغاء دليل الشرط فيتعين الثانى (فتحصل) ان الاظهر سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد بكلا معنييه .

قوله قده وهو ضعيف لان الترجيح من حيث الدلالة الخ مع الاغماض عما ذكرناه المتعين ذلك لما حققناه فى محله من ان التعارض بالعموم من وجه مشمول لادلة الترجيح فيقدم دليل الشرط للاشهرية .

قوله قده اذفيه ان ادلة الخيار اخص الخ وفى حاشية السيد تقريب الاستدلال باية وجوب الوفاء بتقريب آخر (وحاصله) انحلال العقد المشروط الى عقدين ـ بيع وشرط واخصية دليل الخيار انما تنفع بالنسبة الى حيثية البيعة لا بالنسبة الى حيثية الشرطية فيكون عموم اوفوا بالعقود بالنسبة الى عقد الشرط حاكما على دليل الخيار نظير ما لو صالح على سقوط الخيار فى ضمن عقد البيع فان عموم اوفوا بالعقود بالنسبة الى الصلح مقدم على ادلة الخيار (وفيه) ان الشرط حيث انه مرتبط بالبيع لامحالة يكون دليل الخيار باطلاقه شاملا للبيع المجرد والبيع المشروط به ـ وهذا بخلاف الصلح فانه عقد مستقل ليس من شئون البيع المحكوم بالخيار بدليله فلايشمل دليل الخيار باطلاقه البيع المجرد عنه والمقيد به فدليل الخيار لايعارض دليل نفوذ الصلح بخلاف دليل لزوم الشروط ـ وعليه فحيث ان دليل الخيار اخص فيقدم عليه .

قوله قده لانهامسوقة لبيان ثبوت الخيار باصل الشرع الخ محصل ماافاده في المقام جوابان (الاول) ان الخيار لم يلاحظ في موضوعه الاذات البيع من حيث هوفلاينافي ان يثبت له حكم اخر بعنوان عرضي(الثاني) ان موضوع الخيار البيع المجرد عن الشرط ومعه فهو موضوع آخروله حكم واحد بالذات من دون تفاوت بالذاتية والعرضية .

قوله قده اوالمصالحة على اسقاط الخيار المتحقق الخ حمل الصحيح على صورة المصالحة يوجب خروجه عن محل الكلام واجنبيته عنه من جهتين(احداهما) من جهة ان المصالحة خارجة عن عنوان الشرط (ثانيتهما) من جهة انها مصالحة على الاسقاط دون السقوط وكلاهما خلاف الظاهر ـ اما الاول ـ فلاستدلال الامام عليه السلام على نفوذه بدليل الشرط ـ واما الثاني ـ فلان صريحه شرط عدم الخيار لااسقاطه ـ وقد تقدم ان مورده الشرط في ضمن عقد الهبة فراجع .

قوله قده الثاني انهذا الشرط مخالف لمقتضى العقد الخ قدمران المراد به انه مخالف للازمه وهوالحكم الشرعي فلاتهافت في كلماته فراجع .

قوله قده ثم انهذا الشرط يتصورعلى وجوه احدها ان يشترط عدم الخيارالخ قدمر ان هناوجها رابعا وهوشرط سقوطه في ظرف ثبوته ـ وان هذين الوجهين من قبيل شرط النتيجة بخلاف القسمين الاخيرين الذين هما من قبيل شرط الفعل .

اشتراط عدم الفسخ

قوله قده الثاني ان يشترط عدم الفسخ فيقول بعت بشرط ان لاافسخ الخ

الكلام في هذا الوجه يقع في جهات .

الاولى في صحة هذا الشرط وشمول العموم له ـ وقد يقال بعدم صحته من جهة المحذور الثاني من المحاذير المتقدمة وهوكونه شرطا في ضمن عقد جائز ـ والجواب عنه ماتقدم من ان الشرط في ضمن العقد الجائز لازم الوفاء ـ نعم ـ لايندفع

ذلك بما اجاب به المصنف ره من لزوم العقد بلزوم الشرط بناءاً على القول بتأثير الفسخ كما لايخفى .

الثانية في انه لوفسخ وعصى هل يؤثر هذا الفسخ في حل العقدام لا ـ وقدذكر في وجه عدم التأثير في قبال عموم دليل الخيار المقتضى للانحلال وجوه (احدها) ماشاراليه المصنف ره في ابتداء كلامه واوضحه المحقق النائيني ره وهو انه يشترط في نفوذ كل تصرف معاملى السلطنة عليه ـ ومع تعين عدم الفسخ عليه بمقتضى عموم دليل الشرط لاسلطنة له على الفسخ لان الالزام بعدم الفسخ موجب لسلب القدرة عليه شرعا فلايكون مؤثرا (وفيه) ان المعتبر في نفوذ التصرف السلطنة الوضعية لاالتكليفية ومقتضى عموم دليل الشرط سلب السلطنة التكليفية دون الوضعية ـ وقد تقدم توضيح ذلك في اول الجزء الحاديعشر من هذا الشرح فراجع (ثانيها) ان الشرط يوجب حدوث حق للمشروط له في خيار المشروط عليه ولذا يجوز اجباره عليه فهو ممنوع عن اعمال خياره لكونه متعلق حق الغير كما في بيع منذور التصدق (وفيه) ان غاية مايدل عليه دليل الشرط لزوم العمل به واما حدوث حق اعتباري للمشروط له فلم يدل عليه دليل وجواز الاجبار مشترك بين التكليف والحق (ثالثها) ان دليل الخيار بالدلالة المطابقية يدل على الترخيص التكليفي في الفسخ ومن ذلك يستفاد الخيار و ان المعاملة تنحل بفسخ من رخص له الفسخ ـ فاذا دل دليل الشرط على رفع ذلك الترخيص وحرمة الفسخ ارتفع الخيار ايضاً لان المدلول الالتزامي يتبع المدلول المطابقي في الحجية كتبعيتها لها في الوجود (وفيه) ان المدلول المطابقي لدليل الخيار هو الوضع لاالتكليف المحض (رابعها) ماذكره المصنف ره اخيرا ـ وهو ان مقتضى عموم دليل الشرط ترتيب آثار الشرط وهو عدم الفسخ حتى بعد الفسخ ولازم ذلك وقوع الفسخ لغوا (وفيه) ان مفاد دليل الشرط ليس ترتيب آثار المشروط ولذا لواشترط بيع شيء لايحكم بترتيب آثار البيع بدونه ـ بل مفاده نفوذ الشرط وصحته اولزوم العمل به (فتحصل) مما ذكرناه ان شرط عدم الفسخ لايوجب عدم تأثير الفسخ .

الثالثة فى اثرهذا الشرط على القول بتاثير الفسخ ـ الظاهر انه لااثر له سوى الاثم على مخالفته ـ ومايترتب على مخالفة الشرط فى ساير الموارد من تسلط المشروط على الفسخ عند مخالفة الشرط لايترتب هنا كمالايخفى .

قوله قده الثالث ان يشترط اسقاط الخيار الخ الكلام فى جواز هذا الشرط هو الكلام فى جواز شرط عدم الفسخ كما ان الكلام فى تأثير الفسخ هو الكلام فى تأثيره فى الوجه المتقدم كما سنشير اليه .

قوله قده و مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط الخ علق عليه السيد الفقيه بقوله يعنى ان ظاهر الاشتراط الاسقاط بعد العقد بلافصل والافمطلق الاسقاط بعد العقد مقتضى صريحه (اقول) يمكن ان يكون نظر المصنف ره الى احد الوجهين اما الى انه بعد فرض اتحاد الاسقاط والسقوط حقيقة واختلافهما اعتبارا او اشترط الاسقاط يمكن حمله على ارادة السقوط فيسقط بعد البيع. ويمكن ان يكون مراده الفعل والظاهر ارادة الثانى ـ اوالى انكار هذا الظاهر وانه لايحتاج الى الاسقاط بل يسقط الخيار بنفس هذا الشرط ولم يكن للفسخ بعده اثر كما يختاره .

قوله قده ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان الخ اذمع لزوم الاسقاط لاسلطنة للمشروط عليه على ضده و هو اعمال الخيار بفسخ العقد ـ وكذا دليل الشرط على فرض دلالته على لزوم ترتيب اثار الشرط يشمل اطلاقه بعد انشاء الفسخ فيكشف عن عدم تأثيره ـ وكذا الوجهان الاخران كماهو واضح وقدعرفت فساد الجميع فالاظهر تأثير فسخه ـ .

قوله قده وهل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخ فيه اقوال (الاول) ان له ذلك مطلقا (الثانى) عدم ثبوته له مطلقا (الثالث) مااختاره المصنف ره وهو التفصيل بين القول بتأثير الفسخ ـ وعدمه واختيار ان له ذلك على الاول دون الثانى ـ والاظهر هو الاول لمادل على ثبوت الخيار للمشروط له اذا تخلف المشترط ولم يعمل بالشرط فى ساير الموارد فانه يجرى فى المقام طابق النعل بالنعل ـ واستدل

للثاني بان المقصود منه ابقاء العقدفلايحصل التخلف الااذا فسخ وبعده لاموضوع له والمصنف ره قال والاولى بناءاً على القول بعدم تأثير الفسخ هوعدم الخيارلعدم تخلف الشرط وعلى القول بتأثيره ثبوت الخيارلانه قديكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد الخ والظاهر ان مراده من عدم تخلف الشرط عدم تخلفه من حيث الغاية والنتيجة المرادة ويرد عليه مضافا الى ان الغرض قد يكون سقوط الحق لاخروج العقد عن التزلزل ـ ان الموجب للخيار تخلف الشرط بعنوانه لامن حيث تخلف الغاية المقصودة فالاظهر ثبوته مطلقا ـ .

الشرط غير المذكور في متن العقد

قوله قده بقي الكلام في ان المشهور ان تأثير الشرط انماهومع ذكره في متن العقد الخ اقول لاكلام في نفوذ الشرط المذكور في متن العقد ولو بان يذكر قبل العقد ويشير اليه في العقد بان يقول مثلا بعت على ماذكر ـ كما لاكلام معتدبه في عدم نفوذ الشرط غير المذكور في العقدولم ينشأ العقد مبنيا عليه بان يكون حين العقد غافلا عنه ـ انما الكلام فيما لوذكر الشرط قبل العقد ووقع العقد مبنيا عليه فظاهر جماعة نفوذه ـ وصريح آخرين عدمه ـ واستدل لعدم العبرة به بوجوه .

الاول مافي المتن وحاصله ـ ان الشرط هوالالزام اوالالتزام المرتبط بمطلب آخر ـ وعليه ـ فالشرط المذكور سابقا لايجب الوفاء به لانه اماوعد بالتزام اوالتزام تبرعي لايجب الوفاء به وهو وان كان باقيا الى حين العقد الاانه لايرتبط بالالتزام العقدي الابجعل المتكلم (وفيه) ان الالتزام الشرطي والبيعي كليهما من مقولة المعنى لااللفظ واللفظ مبرز لهما وعليه فاذاكان الالتزام الشرطي باقيا الى حين العقد واوقع العقد مبنيا عليه اي قيد التزامه البيعي بالالتزام الشرطي بالنحو الصحيح الذي سيمر عليك في باب الشروط الذي به يخرج العقد عن التعليق صدق على ذلك الالتزام الضمني الشرط حتى على القول بانه التزام مربوط بمطلب آخر فيشمله دليل وجوب الوفاء بالشرط .

الثانى ماافاده المحقق النائينى ره وهو ان القصود والدواعى غيرمعتبرة فى العقود مالم ينشأ لفظ على طبقها فمجرد وقوع العقد مبنيا على شرط مع عدم ذكره فى متن العقد لايؤثر ثم تفطن لاشكال وهوانه لااشكال فى الاكتفاء بالقصد فى الشروط التى جرت العادة والعرف على الالتزام بها فى العقد كوصف الصحة ـ وتسليم المبيع وماشابههما ـ فاجاب عنه بانه فى تلك الشروط انشاء العقد انشاء لها لانهامن لوازم الفاظ العقود فكما انه ينشأ بها معانيها المطابقية فكذا مداليلها الالتزامية وهذا بخلاف الشرط الخاص للعاقد الخاص فانه ليس من المداليل الالتزامية فليس هو المنشأ فى العقد الامع ارتباط العقد به صريحا اواشارة (وفيه) انه فى باب العقود والايقاعات يعتبر وجود اللفظ اومبرز آخر بلاكلام واما فى باب الشروط فلادليل على اعتباره ولعل الاكتفاء بالقصد والالتزام النفسانى فى الشروط التى جرت العادة على الالتزام بها فى العقد اقوى شاهد على ذلك اذ ليس ذلك الالتزام من لوازم الالتزام البيعى كى يكون اللفظ المبرز للالتزام البيعى مبرزا له بالالتزام ـ ولو بنى على كفايه ذلك لابد من البناء على كفاية بناء المتعاقدين ايضا فان بناء غيرهما من اهل العرف غير دخيل فى الدلالة بهذا المعنى فتدبر .

الثالث النصوص الواردة فى النكاح الدالة على انه لاعبرة بالشرط قبل العقد ـ (منها) موثق (١) ابن بكير عن الصادق عليه السلام اذا اشترطت على المرئة شروط المتعة فرضيت به واوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الاول بعد النكاح فان اجازته فقد جاز و ان لم تجزه فلايجوز عليها ما كان من شرط قبل النكاح ومنها موثق (٢) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام فى الرجل يتزوج المرئة متعة انهما يتوارثان اذالم يشترطا وانما الشرط بعد النكاح (ومنها) (٣) موثق ابن بكير عن الصادق عليه السلام ماكان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وماكان بعد النكاح فهو جائز (وفيه اولا) ان هذه النصوص مختصة بشروط المتعة وتدل على انه اذالم تذكر فى ضمن العقد تنقلب

(١و٢و٣) الوسائل ـ باب ١٩ ـ من ابواب المتعة من كتاب النكاح حديث ١و٣و٢

دائماً اما الاولان فواضح - واما الاخير فلقوله هدمه النكاح فان شروط المتعة يهدمها النكاح بدون الشرط واما ساير الشروط فغاية الامر عدم وجوب العمل بها لاهدمها وجعلها كالعدم (وثانيا) انه لاوجه للتعدي عن باب النكاح الى ساير الموارد والابواب (وثالثا) انها قابلة للحمل على ماكان من الشروط سابقا ولم يكن مضمرا حال العقد على وجه يكون مبنيا عليه اذلا يصدق كون الشرط قبل النكاح خاصة بعد فرض قصده في اثنائه (فتحصل) ان الاظهر نفوذه ووجوب العمل به .

المنذور عتقه

قوله قده فرع ذكر العلامة - وهوما اذا نذر المولى ان يعتق عبده اذاباعه الخ تصوير النذر المزبور بنحو يجب الوفاء به ويكون صحيحا ان ينذر التملك ثم العتق اذلو نذر العتق و هو ملك المشترى بطل النذر ولو نذر العتق بعد التملك على ان يكون التملك شرطا للنذر لم يجب التملك والوفاء بالنذر (ثم انه) تارة لايمكن الاقالة اوالشراء منه ثانيا واخرى يمكن ذلك ويعلم به - فالكلام يقع في موردين .

الاول - اذا لم يمكن الاقالة اوالشراء منه . ثانيا - لااشكال في صحة البيع اشترط عدم الخيار ام لا بناءاً على ان الشرط الفاسد لايفسد البيع واما شرط عدم الخيار - فهل يكون باطلا وفاسدا ام لا وجهان (قداستدل) المصنف ره للاول بان النذر المتعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له (وفيه اولا) ان غاية مايقتضيه ذلك حرمة الشرط لافساده لماتقدم من عدم دلالة الحرمة على الفساد الاان يضم اليه ما سنذكره (وثانيا) ان وجوب الوفاء بالنذر انما يكون بعد البيع فمالم يتم البيع لاوجوب من ناحية النذر كي يوجب عدم تسلط البايع على هذا الشرط (والحق) ان يقال ان هذا الشرط من قبيل المقدمات المفوتة الموجبة لفوت الغرض وعدم القدرة على امتثال التكليف في ظرفه وقد حققنا في الاصول حرمتها - فيصير الشرط حراما - فلايكون نافذا من جهة انه يعتبر في نفوذ الشرط ان لايكون مخالفا للكتاب والسنة

والشرط المخالف سواء كان المشروط مخالفا او الشرط نفسه لايكون نافذا على ماسيجيء في باب الشروط (ودعوى) ان الشرط المخالف بنفسه لا من جهة مخالفة المشروط انما لايكون نافذا اذا كان الشرط مخالفا للشرع وفي المقام الشرط لايكون مخالفا بنفسه وانما يكون المحرم اسقاط الخيار (مندفعة) بان الشرط بنفسه اسقاط فيكون حراما ومخالفا للشرع .

المورد الثاني ما اذا امكن الاقالة او الشراء منه ثانيا ـ فقد افاد السيد الفقيه ره انه يصح الشرط ولا مانع عنه (واورد) عليه المحقق النائيني ره بان الاقالة او الشراء ليس تحت قدرة الناذر لان تحقق هذه العناوين يتوقف على ارادة شخص آخر وقد لا يريدها وماهو تحت قدرته اعمال الفسخ فيجب على الناذر اعماله ومقتضاه عدم صحة شرط سقوط الخيار (وفيه) ان حرمة شرط سقوط الخيار انما تكون لاجل كونه تفويتا للغرض فلو فرضنا العلم بعدم الفوت ولو بفعل غير اختياري لايكون هذا الفعل مفوتاً فلا يكون حراما فيكون صحيحا ونافذا ـ فالاظهر ما افاده السيد ره.

الاسقاط بعد العقد

(قوله قده مسألة و من المسقطات اسقاط هذا الخيار بعد العقد الخ

واستدل لسقوطه بالاسقاط بوجوه (الاول) الاجماع ـ وفيه ـ انه لمعلومية مدرك المجمعين لايعتمد عليه (الثاني) القاعدة المسلمة من ان لكل ذى حق اسقاط حقه لفحوى(١) تسلط الناس على اموالهم فهم اولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالاموال ـ واورد عليه بوجوه (احدها) ان دليل السلطنة ضعيف السند (وفيه) انه لاعتماد الاصحاب عليه وتمسكهم به يكون معتبرا (ثانيهما) ما افاده المحقق الايرواني ره ـ وهو ان علقة الحق اضعف من علقة المال والسلطنة في القوى لا تقتضي السلطنة في الضعيف بل الامر بالعكس فلو ثبتت السلطنة في الحق اقتضى فحواها السلطنة في المال (وفيه) انه على فرض تسليم دلالة هذا الدليل

---

(١) البحار ج١ ـ ص١٥٤ الطبع القديم.

على سلطنة الانسان على اعدام الملك والاعراض عنه يتم هذه الاولوية اذ السلطنة على اعدام القوى واذهابه توجب بالاولوية السلطنة على اعدام الضعيف ـ وان شئت قلت ـ ان السلطنة فى الشيء غير السلطنة على الشيء والاولوية فى الثانية بخلاف الاولوية فى الاولى (ثالثها) ان دليل السلطنة لايدل على ان للمالك الاعراض عن ماله وسلب الملكية عن نفسه لما تقدم فى الجزء الثاني عشر من هذا الشرح فى مبحث المعاطاة من انه كساير الادلة انما يدل على ثبوت الحكم على فرض وجود الموضوع ولا نظر له الى بقاء الموضوع وارتفاعه وموضوع السلطنة المال المضاف باضافة الملكية فلايدل على ان له الاعراض عنها ـ وبعبارة اخرى انه يدل على ان له السلطنة على التصرفات فى المال ولا يدل على ان له السلطنة على السلطنة باعدامها والاعراض عنها (وعليه) فلايدل بالفحوى على ان له اسقاط الحق واعدامه (لايقال) انه حيث لامعنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق غير القابلة للنقل الانفوذ تصرفهم فيها بمايشمل الاسقاط كمافي المتن فلو دل هذا الدليل على ثبوت السلطنة على الحقوق بالاولوية دل على ان له الاسقاط (فانه يقال) ان هذا يتم لو كان ذلك اى ثبوت السلطنة على الحقوق مفاد دليل خاص لافيما اذا كان مستفادا من الدليل العام فان الالتزام بعدم السلطنة فى مثل هذه الحقوق رأسا لعدم المعنى لها لايترتب عليه محذور (الوجه الثالث) فحوى ماسيجيء من النص (١) الدال على سقوط الخيار بالتصرف معللا بانه رضا بالبيع استدل بها المصنف ره واورد عليه المحقق الايروانى ره بان النص بعموم التعليل يدل على حكم المقام بلاحاجة الى الفحوى بل ومع منع الفحوى (اقول) تقريب الفحوى على مسلك المصنف ره الملتزم بان لزوم العقد بالرضا واقراره انما يكون من جهة ان مرجعه الى اسقاط الخيار (انه) اذا دل الدليل على مسقطية الرضا وكونه موجبا للزوم من جهة ان مرجعه الى اسقاط الخيار فنفس الاسقاط اولى بان يكون مسقطا للخيار فلايرد عليه ما اورده المحقق المذكور .

قوله قده ولا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق الخ اورد عليه السيد

---

(١) الوسائل ـ باب ٤ ـ من ابواب الخيار حديث ١

بانه على فرض كونه قابلا للنقل ايضا يمكن الاستدلال بان يراد الاعم من النقل والاسقاط قد عرفت في ذيل الايراد الثالث على الوجه الثاني انه يمكن توجيه كلام المصنف ره بنحو لا يرد عليه هذا الايراد وان كان غير تام على اى تقدير فراجع.

قوله قده ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات الخ قد استدل له بوجوه (الاول) فحوى مادل على سقوط الخيار بالتصرف ـ فانه اذا كان الفعل الكاشف عن الرضا بالبيع والالتزام به مسقطا للخيار فاللفظ الدال على ذلك اولى بان يكون مسقطا لاقوائية اللفظ من الفعل ـ وهذا هو مراد المصنف ره من قوله للفحوى المتقدمة ـ فلا يرد عليه ماعن المحقق الخراساني ره من ان دليل السلطنة لا يتكفل نفوذ السبب بل يتكفل مشروعية المسبب ـ فانه يتوقف على ارادة الفحوى الثانية لا الاولى (الثاني) فحوى مادل على كفاية بعض الافعال في اجازة عقد الفضولي ـ استدل بها المصنف ره (اقول) انا لم نجد ما يدل على ذلك سوى طائفتين من النصوص ـ احداهما (١) في العبد يزوج نفسه بغير اذن مولاه المتضمنة ان سكوت المولى بعد العلم اقرار منه ـ ثانيتهما (٢) ـ في المرئة تزوج نفسها في حال السكر المتضمنة انها لو اقامت معه بعد الافاقة يكون التزويج نافذا (ومورد هما) ما يكون العقد تاما من جميع الجهات سوى عدم احراز رضا من يعتبر رضاه بالعقد ومن المعلوم ان الرضا القلبي يكفي باى شيء احرز ـ وهذا بخلاف الموارد التي يكون العقد فيها ناقصا من جهة اخرى ويتوقف تماميته من تلك الناحية على الانشاء كالبيع الفضولي حيث انه ناقص من جهتين من ناحية الرضا ومن ناحية عدم كونه مستندا الى المالك وهو من الجهة الثانية يحتاج الى الانشاء ـ ولهذا لا يكفي في الاجازة الرضا القلبي بل لابد من الانشاء ـ والمقام من هذه الموارد اى يتوقف على الانشاء ولا يكفي مجرد الرضا القلبي بسقوط الخيار ـ فهذا الوجه غير تام (الثالث) ان مقتضى اطلاق الدليل كفاية كل ما يصدق عليه الاسقاط.

---

(١) الوسائل ـ باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) الوسائل ـ باب ١٤ ـ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد .

قوله قده وعلى هذا فلو قال احدهما اسقطت الخيار من الطرفين الخ

لعل وجه التفريع على ما سبق انه بناءاً على كفاية كل مايدل على الاسقاط فى سقوط الحق لو انشأ احدهما السقوط من الطرفين ورضى الاخر كفى ذلك فى سقوط الخيار لتحقق الانشاء والرضا ـ ولكن يرد عليه ان انشاء احدهما السقوط من طرف الاخر لايكفى بل لابد من استناده اليه وعلى فرض جريان الفضولى فى الايقاع لابد من اعتبار الاجازة تحقيقاً للاستناد والرضا بالاسقاط ليس انشاءاً للسقوط واسقاطا.

لو قال احدهما لصاحبه اختر

قوله قده مسألة لو قال احدهما لصاحبه اختر ـ ففى سقوط خيار الاخر ايضا مطلقا الخ فى المسالة اقوال ـ احدها ـ السقوط مطلقا نسب ذلك الى جمع من الاساطين فيما لو اختار الامضاء ـ واما لو سكت فلم اظفر بمن يقول بالسقوط وان نسب الى الشيخ ره ولكن الثابت خلافه ـ ثانيها ـ السقوط اذا قصد التمليك ـ ثالثها ـ السقوط اذا قصد التمليك اوالتفويض ـ رابعها ـ السقوط اذا قصد التمليك واسقط الاخر ـ خامسها ـ عدم السقوط ،

ثم ان عنوان هذه المسالة انما يكون تبعا للنص (١) روى نافع عن ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وآله قال المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ويقول احدهما لصاحبه اختر ـ من جهة ان الاصحاب لم يفهموا منه التعبد المحض فالتجاوا الى تطبيقه على القواعد ـ وحيث ـ انه نبوى ولم يصل الينا بطريق معتبر ـ واعتماد الاصحاب عليه غير ثابت فهو لايصلح لان يعتمد عليه فى الحكم فلابد من ملاحظة القواعد ،

ثم انه لاخلاف فى معنى كلمة اختر مادة وهيئة ولكن بعد عدم ارادة طلب الاختيار حقيقة يحتمل فيها معان ـ ١ ـ ان يكون انشاء الطلب بها بقصد اسقاط حقه والاعراض عنه ـ ٢ ـ ان يكون لغرض نقل خياره الى صاحبه وتمليكه اياه ـ ٣ ـ ان يكون بقصد تفويض

---

(١) الخلاف كتاب البيوع ـ مبحث خيار المجلس

اعمال خياره بفسخ اوامضاء الى صاحبه ـ ٣ ـ ان يكون بغرض استعلام حال المخاطب وعلى جميع هذه المحتملات لو اختار الاخر الفسخ لااشكال فى الانفساخ كما انه لو سكت لاكلام فى عدم سقوط خياره ـ ولو اجاز لاكلام فى سقوط خياره.

انما الكلام فيما لو اختار الامضاء اوسكت فى انه هل يسقط خيار الامر ام لا (اقول) اما على الاول فيسقط خياره بمجرد الامر ـ واما على الثانى فان قبل صاحبه التمليك سقط والا فلا (لايقال) انه قد تقدم عن المصنف ره وغيره ان هذا الخيار لايقبل النقل فكيف يحكم بسقوط خياره (فانه يقال) اولا قد مر انه قابل له وثانياً ان من يقول بعدم قابليته للنقل انما يلتزم به فى النقل الى الاجنبى من جهة انه خيار المجتمعين ويكون مغيا با فتراقهما فلايمكن نقله الى غير من هو طرف المعاملة ـ و اما فى النقل الى من هو طرف المعاملة فلايلتزم بد لعدم جريان هذا الوجه فيه ـ واما على الثالث فان سكت يبقى خياره وان اختار الامضاء من الطرفين سقط اذ خيار الموكل لايسقط مالم يجز الوكيل من طرفه ـ واما على الرابع فلايسقط خياره اصلا حتى بعد الاجازة ـ ولايبعد دعوى ظهوره فى الاول ـ اوالثانى وعلى فرض عدم الظهور فى شىء منها مقتضى الاستصحاب بقاء الخيار حتى بعد الامضاء.

قوله قده وعليه يحمل على تقدير الصحة ماورد فى ذيل بعض الخ من المقطوع به عدم كون هذه الكلمة الصادرة من احدهما غاية لخيار كل منهما وعليه فلابد من حمل ذلك على انها غاية لمجموع الخيارين لالكل واحد منهما.

قوله قده نعم لواقتضت الاجازة لزوم العقد من الطرفين الخ وضابط ذلك ان يكون الخيار ثابتا للطبيعة المنطبقة على كل منهما ـ كما فى خيار الورثة على احتمال ـ او يكون اجازة احدهما اجازة للاخر و مستندة اليه ايضاً كما فى الخيار الثابت للوكيل و الاصيل ـ فان اجازة الوكيل اجازة للموكل ومستندة اليه اللهم الا ان يقال ان فسخ الاصيل مقارنا لاجازة الوكيل يكون عزلا و عليه فيؤثر الفسخ اثره.

قوله قده او تصرف ذوالخيار الخ هذا وان كان من موارد تعارض الفسخ

والاجازة الا انه غير داخل في ماذكره المصنف من كون الاجازة مقتضية للزوم العقد من الطرفين كما لا يخفى .

قوله قده ولم يظهر له وجه تام الخ بل لاوجه له اصلا في غير الوكيل والاصيل

من المسقطات افتراق المتبايعين

قوله قده من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين الخ لاكلام في مسقطية الافتراق بمعنى انتهاء امد الخيار به انما الكلام وقع في موارد ثلاثة (الاول) في ان مسقطية الافتراق هل تكون من جهة كاشفيته عن الرضا بلزوم العقد او انه بنفسه مسقط وغاية للخيار (الثاني) في تعيين اقل مايحصل به الافتراق (الثالث) في انه هل يلزم حركة كل منهما الى جانب ام يكفي حركة احدهما .

اما المورد الاول ـ فالحق انه بنفسه غاية له اذلا طريقية ولا كاشفية للتفرق عن الرضا والشاهد به ملاحظة حال ساير اقسام الخيار فهل يتوهم احد كاشفية التفرق عن الرضا فيها (مع) ان مقتضى اطلاق النصوص (١) عدم اعتبار شيء في ذلك غير عنوان التفرق .

واستدل ـ لاعتبار كشفه عن الرضا وان مسقطيته بهذا الاعتبار ـ بوجهين (احدهما) ان الطريقة العقلائية جارية على انهم اذا اجتمعوا على انفاذ معاملة لايفرقون الا بعد التزامهم بها ـ فالمطلقات محمولة على الغالب فلادليل على انتهاء امد الخيار في غير مورد الرضا (ثانيهما) قوله عليه السلام في صحيح جميل (٢) فاذا افترقا فلاخيار بعد الرضا منهما ـ (وفيهما نظر) اما الاول ـ فلما عرفت من منع الكاشفية نعم كاشفيته عن الرضا بالبيع لاتنكر ـ مع ـ ان المطلق لايحمل على الغالب و اما الثاني ـ فلانه حيث لم يذكر متعلق الرضا في الخبر فيمكن ان يكون المراد الرضا باصل المعاملة اما بان يكون المراد انهما اوجدا البيع عن الرضا ـ اوانهما رضيا بالبيع بمعنى عدم

(٢و١) الوسائل ـ باب ١ ـ من ابواب الخيار حديث٣

الاكراه والفسخ قبل التفرق - ويمكن ان يكون المراد الرضا بالتفرق فى مقابل صدوره عن كره - ويمكن ان يكون المراد الرضا بلزوم العقد ولولم ندع ظهوره فى الاول فلااقل من الاجمال - وحيث ان الاستدلال يتوقف على ارادة الثالث فهو لايتم لعدم ثبوتها (والغريب) ان المصنف ره فى المقام بنى على عدم اعتبارهذا الظهور - وفى المسألة الاتية يصرح باعتباره استنادا الى الصحيح .

واما المورد الثانى فالاقوال فيه ثلاثة (احدها) كفاية مجرد الافتراق ولوكان اقل من خطوة ذهب اليه المصنف ره (ثانيها) اعتبار الخطوة وكفايتها (ثالثها) عدم كفايتها ايضا وان المدار على صدق الافتراق عرفا - والاظهر هو الاخير - لوجهين (الاول) ان الافتراق المجعول غاية فى مقابل الاجتماع البدنى الصادق على ما اذا كان الفصل بينهما خطوة او اقل او اكثر من المفاهيم العرفية الذى لايشك احد فى عدم صدقه بمجرد التباعد بخطوة او خطوتين (الثانى) قوله عليه السلام فى جملة من النصوص(١) فلما استوجبتها قمت فمشيت خطاً ليجب البيع تقريب الاستدلال به تعليقه عليه السلام وجوب البيع على المشى خطاً ولاريب فى ظهوره فى عدم كفاية الاقل - وليس مورد الاستدلال به فعله عليه السلام كى يقال انه لايدل على اعتبارها .

واستدلال للاول بان الموضوع هو الافتراق الصادق على الاقل من الخطوة - (وفيه) ان الافتراق غير التباعد والثانى يصدق بادنى فصل بخلاف الاول .

واما المورد الثالث فمحل الكلام ليس صدق التفرق مع عدم تأثير من المتفرقين بل هذا يبحث فيه فى المسألة الاتية والمفروض فى المقام صدقه بدونه بل هو كفاية حركة احدهما مع سكون الاخر (والاظهر ذلك) لان الهيئة الاجتماعية الحاصلة للمتبايعين محققة لصدق الاجتماع وان كلا منهما مجتمع مع الاخر وعدم تلك محقق لعنوان الافتراق اى افتراق كل منهما عن صاحبه وعليه فلو تحرك احدهما وسكن الاخر ينعدم الهيئة الاجتماعية فلامحالة يصدق الافتراق - واضف الى ذلك اثبات الامام عليه السلام افتراق الطرفين بمشيه عليه السلام فقط حين قال فمشيت خطاً ليجب البيع حين افترقنا .

---

(١) الوسائل - باب٢ - من ابواب الخيار

الافتراق عن اكراه

قوله قده المعروف انه لااعتبار بالافتراق عن اكراه اذا منع من التخاير الخ وقد استدل لذلك بوجوه.

الاول تبادر الاختيار من الفعل المسند الى الفاعل المختار - و اجاب عنه المصنف ره بان المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى لافى مقابل المكره الفاعل بالاختيار (و الحق) ان يقال انه لايتبادر الاختيارى فى مقابل الاضطرارى ايضاً - لان هيئات الا فعال موضوعة نوعيا - مثلا هيئة فعل و ضعت لافادة النسبة التحققية فى ضمن اى مادة كانت - و قد تكون المادة اختيارية ولا سبيل الى غير الاختيارية فيها كباع وطلق - وقد تكون بالعكس - كمات ووجد وغيرهما - وقد يجوز الامران فيها والهيئة فى جميع ذلك تستعمل فى معنى واحد ولها وضع واحد وبذلك يستكشف عدم دخل الاختيار فى معناها اصلا.

الثانى حديث رفع (١) ما استكرهوا عليه - بدعوى - انه يدل على ان الافتراق عن كره لايترتب عليه الاثر ووجوده كالعدم - وقد تقدم فى مسألة اشتراط الاختيار فى المتبايعين ما يظهر منه شمول الحديث للحكم الوضعى - وقد اورد على الاستدلال به بوجوه (احدها) ما افاده المصنف ره بانه لو كان الحديث مدرك هذا الحكم كان اللازم البناء على عدم مسقطية التفرق الاكراهى مع عدم المنع من التخاير ولم يلتزموا بذلك فيستكشف منه انه لايكون الحديث مدركا له (وفيه) انه ان كان اجماع تعبدى على السقوط كان هو المقيد للاطلاق وبه يرفع اليد عما يقتضيه الحديث والا يلتزم المستدل بعدم السقوط فى هذا الفرض ايضاً (ثانيها) ما افاده المحقق النائينى ره والسيد فى الحاشية وهو انه من التزام القائل باعتبار الاختيار فى مقابل الاكراه بسقوط الخيار مع النسيان و الغفلة يستكشف ان ذات الافتراق من حيث هو جعل من المسقطات لابما هو فعل صادر عن اختيار وحديث الرفع انما يجرى فيما كان الفعل منوطا بالقصد كالعقود (و فيه) ان النقض بالنسيان والغفلة يمكن ان يجاب عنه بما اجبنا به عن

---

(١) الوسائل - باب ٥٦- من ابواب جهاد النفس

ايراد المصنف ره واما ما افاده من اختصاص الحديث بالافعال القصدية فيرد عليه ما حققناه في محله من منع التخصيص بعد اطلاق الدليل (ثالثها) ما افاده المحقق النائيني ره من انه من كون مورد بعض المرفوعات منحصرا في متعلق التكليف كالحسد يستكشف اختصاص الحديث بمتعلقات التكاليف ولا يعم الموضوعات لعدم الجامع بين المتعلق و الموضوع ولذا لو تحقق الاقامة عن كره لا يرفع حكمها بالحديث والتفرق من قبيل الموضوع لا المتعلق فلا يشمله الحديث (وفيه) ان الحديث يدل على رفع كل ما هو في عالم التشريع عن ذلك العالم اذا كان عن كره من غير فرق بين الموضوع والمتعلق ولذا لو شرب الخمر عن اكراه يجوز الاقتداء به وان ورد لا تصل خلف شارب الخمر وقد صرح بذلك هو قده في حديث الرفع ـ واما مسألة الاقامة فالجواب عنها ـ ان الاقامة ليست موضوع وجوب التمام بل الموضوع هو العلم بها وهو لا يكون اكراهيا وما هو اكراهي ليس متعلق التكليف ولا موضوعه (رابعها) وهو الصحيح وهو ان لسان الحديث هو رفع الحكم لا وضعه ولذا لو تعلق الاكراه بعدم التزويج لا يحكم بتحقق الزوجية والتفرق ليس موضوع الحكم بل هو سبب لارتفاع ما هو الموضوع للخيار واما اللزوم فهو يثبت بادلته وموضوعه العقد (وبالجملة) موضوع الخيار اجتماع المتبايعين والافتراق سبب لانعدامه وهو ليس موضوع الحكم فلا يصح ان يقال ان التفرق الاكراهي كلا تفرق فكان الاجتماع باق ـ فالاظهر عدم صحة الاستدلال به .

الثالث ان المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد استدل به المصنف ره (وفيه) ما تقدم في المسألة المتقدمة من منع كاشفيته عن الرضا فلا وجه لهذه الدعوى اصلا .

الرابع قوله عليه السلام في صحيح(١) الفضيل فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما وذكر المصنف ره في تقريب الاستدلال به وجهين (الاول) انه يدل على ان الافتراق المجعول غاية هو الذي ينبعث عن الرضا بالعقد بمعنى انه بعد الفراغ عن امر العقد والرضا به يفترقان (الثاني) ان الافتراق من حيث كاشفيته عن الرضا بالعقد جعل غاية ـ وعلى التقديرين الافتراق الاكراهي غير مشمول له لانه غير منبعث عن الرضا ولا كاشف

---

(١) الوسائل ـ باب ١ ـ من ابواب الخيار حديث ٣

عنه- والفرق بين الوجهين هو الفرق بين مقام الثبوت والاثبات (وفيه اولا) ما عرفت من تطرق احتمالات فى الرضا الموجود فى الحديث (و ثانيا) انه لوسلم ان المراد بالرضا هو الرضا بلزوم العقد والالتزام به - انما نلتزم بالتقييد اذا كان لسان الخبر هكذا فلاخيار لهما ان افترقا بعد الرضا منهما واما مفاد ما فى الخبر فهو كون الافتراق التزاما عمليا و يكون قوله بعد الرضا -بيانا للافتراق - وبعبارة اخرى -مفاد ما فى الخبر انه لاخيار بعد الافتراق لكونه رضا بالعقد.

الخامس ان تشريع الخيار انما هو للارفاق بالمتبايعين و هذا لايلائم مع سقوطه بالافتراق الاكراهى (و فيه) اولا ان ذلك حكمة لايدور الحكم مدارها -وثانيا - ان اصل ثبوت الخيار انما هو للارفاق وهذا لايلازم مع كون غاية الخيار ايضاً ملائمة له.

السادس الاجماع المحكى عن غير واحد (وفيه) انه لمعلومية مدرك المجمعين لايعتمد عليه فالاظهر سقوط الخيار بالافتراق الاكراهى ايضا -هذا اذا كان الاكراه على التفرق مع المنع من التخاير- واما - مع عدم المنع منه فالامر اوضح -

لو اكره احدهما على التفرق

قوله قده لو اكره احدهما على التفرق ومنع عن التخاير و بقى الاخر فى المجلس الخ لايخفى انه بناء على ما اخترناه فى المسألة السابقة من سقوط الخيارين بالتفرق الكرهى لامجال لهذا البحث بل يكون الخياران ساقطين بالاولوية نعم لو قلنا فيها بمقالة المشهور كان لهذا البحث مجال (ثم ان) مورد البحث فى المقام ان التفرق اذا كان عن اكراه احدهما هل يوجب سقوط الخيار ام لا واما الجهات الاخر فهى لا يبحث عنها فى المقام - و بعبارة اخرى البحث فى المقام متمحض فى مانعية اكراه احدهما عن السقوط وعدمها -وعليه- فلاوجه للنزاع فى ان التفرق هل يحصل بحركة احدهما وسكون الاخر ام لا (وقد تقدم حصوله بذلك كما تقدم عدم دخل الاختيار فى ذلك) وهكذا لاوجه لجعل النزاع فى المقام ومبنى الاقوال فيه بقاء الاكوان وعدمه

وافتقار الباقى الى المؤثر وعدمه ـ اذلو قلنا ببقاء الاكوان و عدم احتياج الباقى الى المؤثر فغاية ما يلزم منه ان بقاء الساكن ليس بفعله وقدمر ان الافتراق يحصل ولو مع عدم تاثير من المتفرقين .

ثم انه ينبغى النزاع فى مقامين (الاول) فى ان مقتضى الادلة المتقدمة فى المسألة السابقة ماذا (الثانى) فى مايقتضيه الروايات الحاكية لفعله عليه السلام

اما المقام الاول ـ فمقتضى كون المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد ـ ومقتضى الاجماع ـ سقوط الخيارين فى المقام ـ ومقتضى حديث(١) الرفع ـ ثبوتهما معاً ـ ومقتضى صحيح (٢) الفضيل هو التفصيل بين المكره وغيره وسقوط خيار غير المكره خاصة ـ اما التبادر فلان المتيقن اعتبار رضا احدهما وليس المتبادر خصوص ما كان عن رضاهما ـ واما الاجماع فلعدم وجوده فى المقام ـ واما حديث الرفع فلان غاية ما قيل فى توجيه دلالته على التفصيل انه يدل على ارتفاع حكم ما تعلق الاكراه به خاصة دون غيره (ودعوى) انه لوشمل الحديث تفرق المكره وحكم عليه بكون افتراقه كلا افتراق كان لازمه بقاء اجتماع صاحبه معه و مع بقاء الهيئة الاجتماعية شرعا يكون خيار كليهما باقياً شرعا (مندفعة اولا) بان لسان الحديث ليس تنزيل الموجود منزلة المعدوم لانه ح وضع لا رفع بل لسانه رفع الحكم بلانظر الى بقاء الموضوع وعدمه كما حقق فى الاصول (وثانياً) انمقتضى كون افتراق المكره كلا افتراق كونه مجتمعا مع صاحبه تعبدا ـ لاكون صاحبه مجتمعا معه وعدم الانفكاك بينهما واقعا لايلازم عدم الانفكاك بينهما تنزيلا وتعبدا ـ ولكن الارجح فى النظر انه يقتضى ثبوت الخيارين معا لان الغاية للخيارين امر واحد من جهة ان الافتراق من المعانى المتضائفة كالاجتماع ولا يعقل افتراق احدهما عن صاحبه من دون ان يفترق صاحبه عنه ـ و عليه ـ فجعل الغاية متعددة لغو فلا محالة تكون الغاية واحدة (لايقال) انه مع لحوق خصوصية الاكراه يكون قابلا للانفكاك فيصح جعل الغاية متعددة (فانه يقال) ان الاكراه لايكون قيدا الافتراق واقعا كالرضا بل خصوصية عدم

(١) الوسائل ـ باب ٥٦ ـ من ابواب جهاد النفس
(٢) الوسائل ـ باب ١ ـ من ابواب الخيار حديث ٣

الاكراه انما تعتبر بحديث الرفع الحاكم على الادلة الواقعية فليس في عرض الواقع مايثبت القيدية وعليه فحديث الرفع انما يرفع حكم الافتراق المجعول غاية وهو سقوط الخيارين معا ولازم ذلك ثبوتهما معا فتدبر فانه دقيق .

واما صحيح الفضيل فقد افاد المصنف ره وتبعه المحقق النائيني ره بان الظاهر منه تقييد السقوط بالرضا منهما المنتفى بانتفاء رضا احدهما اوكليهما فيبقى الخيار حتى بالنسبة الى المختار (وفيه) ان مقتضى مقابلة التثنية بالتثنية كمقابلة الجمع بالجمع هو التوزيع وان خيار كل من البايع والمشترى يكون مغيا برضاه ولازم ذلك هو التفصيل بين المكره وغيره (فتحصل) انه لو كان المدرك في المسألة هو التبادر او الاجماع كان الحكم في هذه المسألة سقوط الخيارين ولو كان هو صحيح الفضيل كان هو التفصيل بين المكره وغيره ولو كان هو حديث الرفع كان الحكم في المقام ثبوت الخيارين

واما المقام الثاني فقد استدل المصنف ره على سقوط الخيارين في المقام(١) بالرواية الحاكية لفعله عليه السلام وانه قال فمشيت خطاً ليجب البيع حين افترقنا فانها تدل على ان مجرد مشيه سبب لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار وجعل وجوب البيع علة غائية له من دون اعتبار رضا الاخر اوشعوره بمشي الامام عليه السلام - وفيه - انها متضمنة لقضية شخصية ولعل تجريده في مقام الاستناد من جهة حصول الشرط وهو الرضا منه اومنهما .

قوله قده وظاهر الصحيحة وان كان اخص الا ان ظهور الرواية في عدم مدخلية شيء آخر زائداً الخ والذى اظنه ان هذا الكلام منه قده مبنى على ماذكره في الاصول في مبحث التعادل والتراجيح من ان الخاص اذا كان ظنى الدلالة لايقدم على العام مطلقا بل لابد من ملاحظة اقوى الظهورين - فانه - في المقام دلالة الصحيح على عدم سقوط الخيارين بدون رضاهما ليست قطعية بل ظنية ومن باب الظهور فلابد من ملاحظة اقوى الظهورين منه ومن ظهور الرواية وحيث ان ظهور الرواية اقوى من جهة التزام مقتضاها في كثير من المقامات حسب ما ذكره المصنف ره فيكون هو مقدما على ظهور الصحيح (وعليه) فما

---

(١) الوسائل - باب ٢ من ابواب الخيار - حديث ٣

اورده المحقق الايروانى ره عليه بعد بيان مراده بغيرذلك فى غيرمحله .

قوله قده و الابقيا فتامل الخ الظاهر انه اشارة الى ماذكرناه من فى ان مقابلة التثنية بالتثنية تقتضى التوزيع.

لوزال الاكراه

قوله قده مسألة لوزال الاكراه فالمحكى عن الشيخ وجماعة الخ

الاقوال فى المسألة ثلاثة (الاول) ما عن الشيخ وجماعة من امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال (الثانى) ما عن التذكرة وهو البناء على الفور (الثالث) ما عن جمع منهم السيد فى الحاشية وهو بقاء الخيار الى ان يحصل احد المسقطات الاخر.

وقد استدل للاول ـ بان الافتراق الحاصل عن كره كالمعدوم فكانهما بعد مجتمعان فى مجلس العقد فالخيارباق الى ان يحصل الافتراق (وفيه) ماتقدم من ان حديث الرفع لاينفى الموضوع وانما يتضمن رفع الحكم خاصة .

واستدل للثالث بوجهين (احدهما) ان النص ساكت عن غاية هذا الخيار فيرجع الى استصحاب الخيار (وفيه) مضافا الى ما حققناه فى محله من عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام انه لوسلم ذلك لاسبيل له فى المقام مع وجود عموم اوفوا بالعقود فانه و ان لميكن له عموم ازمانى الاان المخصص بما انه من الابتداء لامن الوسط يكون هوالمرجع دون الاستصحاب (ثانيهما) ماافاده السيد ره وهوان النص يدل على ذلك فانه جعل المسقط الافتراق الاختيارى والمفروض عدم تحققه وعدم بقاء شأنية التحقق له ايضا لان المفروض حصول الافتراق حسافيكون كما لميكن الافتراق فى الاصل هذا اذا قلنا بان الافتراق منصرف الى الاختيارى و ان قلنا بذلك من جهة حديث الرفع فكك لان مقتضاه ان الافتراق الاكراهى لااثر له فى الاسقاط والمفروض عدم مسقط آخر فلابد من بقاء الخيار (وفيه اولا) ان ذلك لوتم فانما هو على القول بان الغاية هى حدوث الافتراق اما لوقلنا بانها مطلق الافتراق حدوثاكان اوبقاءاً فيمكن ان يقال ان الغاية وان كانت حدوثا عن اكراه وعن غيررضا

الاانهابقاءاً تكون لاعن اكراه ومع تحقق الغاية بتحقق شرطها اوزوال مانعها يرتفع المغيا وهوالخيار(وعليه) فلايكون الخيار باقيا لافورا ولابنحو التراخي (وثانيا) انه لوسلم كون الغاية هي حدوث الافتراق فالغاية وان كانت ممتنع التحقق الا ان بقاء الخيار يتوقف على ثبوت الاطلاق لدليله ويمكن منعه من هذه الحيثية اى حيثية امتناع تحقق غايته وامكانه فتامل وبما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث وما يمكن ان يرد عليه.

من المسقطات التصرف

(قوله قده ومسقطات هذا الخيار التصرف الخ) وقداستدل لمسقطيته بوجوه (الاول)ماافاده المحقق النائيني ره وهو ان التصرف اجازة فعلية فمسقطيته تكون على القاعدة (وفيه) انه قده صرح في غيرمورد بانه يعتبر في الانشاء ان يكون ماينشأ به مصداقا للعنوان المقصود انشائه فكل تصرف ليس مصداقاً للاجازة لا يصح الانشاء به(نعم)التصرف الذى يكون كك وبعبارة اخرى يكون مبرزاعرفا يصح انشاء الاجازة به(الثاني)مافي المتن وهوعموم العلة المذكورة في خيار الحيوان وهي قوله(ع) (١) فذلك رضامنه فلاشرط له بتقريب انه يدل على ان التصرف كاشف نوعي عن الرضا بالعقد والشارع الاقدس امضى هذه الكاشفية ومن المعلوم انه لااختصاص للكاشفية بخيار الحيوان (وفيه) انه سيجيء ان محتملات هذه الجملة متعددة واظهرها انه عليه السلام بصدد التعبد بكون تلك الافعال التزاما واجازة وعليه فلاسبيل الى التمسك بعموم العلة فانه انماتكون العلة معممة فيما اذاكانت علة عرفا ويفهم العرف عليته ولاتكون تعبدية والافيدور الحكم مدار مقدار التعبد وحيث ان النص مختص بخيار الحيوان فلاوجه للتعدي (الثالث)مافي المتن ايضا وهوان سقوط خيار المشتري بتصرفه مستفاد من نفس الرواية المعللة حيث قال فان احدث المشتري فيمااشترى حدثا قبل ثلاثة ايام فذلك رضا منه فلاشرط فان الشرط يشمل شرط المجلس (وفيه) ان

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار - حديث ١

الشرط المنفى خصوص خيار الحيوان اذ الشرط الذى يسقط بذلك قبل ثلاثة ايام خصوص ذلك و اما خيار المجلس فلا فرق فيه بين قبل الثلاثة وبعدها- ولعله لذا امر بالتأمل فالحق عدم مسقطية التصرف من حيث هو نعم الافعال التى تكون مبرزة لذلك وقصد بها السقوط تكون مسقطة للاسقاط لا لمسقطية التصرف- هذا تمام الكلام فى خيار المجلس

خيار الحيوان

قوله قده الثانى خيار الحيوان- وظاهر النص و الفتوى العموم لكل ذى حيوة الخ بعدما لا كلام فى ثبوت هذا الخيار نصا(١) وفتوى- يقع الكلام فى الحيوان الذى يكون المقصود لحمه لا حياته لعدم بقاء حياته بالاصالة كالسمك المخرج من الماء- او لعارض كالصيد المشرف على الموت ظاهر الفتوى ثبوت الخيار فيه وعن جماعة من متاخرى المتأخرين عدم ثبوته فيه- والمصنف ره نفى البعد عن عدم ثبوت هذا الخيار فى القسم الاول و استشكل فى القسم الثانى- و استدل للاول باطلاق النص (اقول) ان الظاهر من اخذ كل عنوان فى الموضوع دخله فيه من حيث هو لا كونه اشارة و معرفا للمصاديق الخارجية- و عليه- فبما ان الماخوذ فى موضوع هذا الخيار بيع الحيوان فيكون الخيار ثابتا فيما يباع بما انه حيوان اى ذو نفس واما مايباع لا بهذا العنوان بل بما هو لحم فلا يكون مشمولا لهذا الحكم من غير فرق بين ماهو كك بالاصالة او بالعارض بل لو بيع حيوان سالم باق لا بما هو حيوان بل بما انه لحم لا يكون مشمولا له .

(قوله قده وعلى كل حال فلا يبعد ذهاق روحه تلفا الخ قد يقال بانه بناء على ثبوت الخيار لم لا يعد ذهاق روحه تلفا فى زمان الخيار وبعبارة اخرى ان لوحظ جهة اللحمية لا خيار ولا تلف من البايع وان لوحظ جهة الحيوانية دخل الخيار فيه وكان تلفه من البايع (وفيه) ان ملاك ثبوت الخيار هو وقوع البيع على ذات ماهو حيوان وان لم يقصد هذه

---

(١) الوسائل- باب٣- من ابواب الخيار

الجهة واماملاك التلف فهوزوال الوصف والمقوم للمالية والحياة فى الفرض غير مقومة لهافلايعد زوالها تلفا.

(قوله قده و فى منتهى خياره مع عدم بقائه الى الثلاثة وجوه الخ

مقتضى ظاهر النص ان كل حيوان ثبت فيه الخيار كان خياره باقيا الى الثلاثة ـ وقد يقال بان منتهاه فى المقام التلف (وفيه) انه مبنى على كون متعلق الخيار العين وهى الحيوان فمع نفاده يزول الخيار والمبنى فاسد فانه متعلق بالعقد (وقد يقال) بانه خيار ثابت لم يثبت منتهاه من الدليل فان النصوص من جهة حكمة جعل الخيار وهى الاطلاع على عيوب الحيوان تكون منصرفة عنه فياتى فيه الوجهان من امتداد الخيار الى ان ياتى احد المسقطات للاستصحاب ومن كونه على الفور لانه القدر المتيقن (وفيه) ان الحكمة لاسيما غير المنصوصة منها لايعتنى بها فالمتبع هو اطلاق النصوص .

قوله قده ثم انه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين الخ اقول ان كان المبيع كليا فى المعين لاكلام فى ثبوت الخيار فيه ـ وان كان كليا فى الذمة ـ مقتضى اطلاق النصوص ثبوت الخيار فيه وقد استدل للعدم بوجهين (الاول) انصراف النصوص الى الشخصى من حيث ان المتداول بين الناس فى بيع الحيوان هو الشخصى فالخيار الثابت فى بيع الحيوان ينصرف الى ماهو المتداول عندهم (وفيه) ان التعارف و التداول لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق فهل يتوهم احد انصراف احل الله البيع عنه (الثانى) ان حكمة جعل الخيار لاتجرى فى الكلى (وفيه) ان الحكمة لاتوجب تقييد الاطلاق فالاظهر ثبوت الخيار فى الكلى مطلقا .

اختصاص الخيار بالمشترى

قوله قده المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشترى الخ الكلام يقع فى مقامين (الاول) فى انه هل يختص هذا الخيار بمن انتقل اليه الحيوان ام يكون ثابتاً لمن انتقل عنه ايضا (الثانى) فى انه هل يثبت لمن انتقل اليه مطلقا ـ ام يختص بخصوص المشترى .

اما المقام الاول فالمشهور بين الاصحاب هو الاختصاص وعن السيد الاجل المرتضى ثبوته لمن انتقل عنه وقواه فى محكى المسالك مع قطع النظر عن الشهرة وتبعه فى ذلك صاحب المفاتيح وتوقف فى محكى غاية المراد وحواشي القواعد - وتبعه فى محكى المقتصر - وتحقيق الكلام يقتضى التكلم فى موردين (الاول) فيما يقتضيه القواعد - (الثانى) فيما يقتضيه النصوص الخاصة.

اما المورد الاول - فقد استدل المصنف ره لعدم الثبوت بوجهين (احدهما) عموم قوله(١)(ع) فاذا افترقا وجب البيع خرج المشترى وبقى البايع (و فيه اولا) انه مختص ببيع غير الحيوان - لان التفصيل قاطع للشركة - فالتفصيل بين الحيوان وغيره فى صحيح (٢) الفضيل الاتى وغيره موجب لاختصاص ذلك - بغير الحيوان (وثانيا) ان الوجوب الذى يثبته هذه الجملة هو الوجوب الاضافى - وقد ورد نظيره فى خيار الحيوان ولذا لاتكون ادلة الخيارات متعارضة (وثالثا) ان الوجوب بمعنى لزوم العقد وعدم قابليته للانحلال فاذا ثبت الخيار ولو للمشترى لم يكن البيع واجبا وليس وجوب البيع من قبيل العام كى يقال انه خصص بالاضافة الى المشترى وتخصيصه بالنسبة الى البايع مشكوك فيه فيتمسك بالعموم - وبما ذكرناه ظهر عدم صحة الاستدلال بقوله(ع) فاذا افترقا فلاخيار (ثانيهما) العمومات العامة للبيع وغيره مثل(٣) اوفوا بالعقود - فيما لا يكون فيه خيار المجلس بالاصل او بالاشتراط و يثبت فى الباقى بعدم القول بالفصل (وفيه) انه يصح التمسك بها حتى فيما ثبت فيه خيار المجلس فانه لو سلم كون المرجع استصحاب حكم الخاص اذا لم يكن للعام عموم ازمانى مع انه غير تام - فانما هو فيما اذا لم يكن التخصيص من الابتداء و الا فالمرجع هو عموم العام .

واستدل للقول الاخر - باصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس (وفيه)

(١و٢) الوسائل باب١ - من ابواب الخيار

(٣) المائدة الاية ٣

بعد تصحيحه بان اجتماع السببين للخيار موجب لثبوت خيار واحد ذى جهتين وعليه فيصح دعوى استصحاب الكلى الموجود بوجود خيار المجلس فانه من قبيل الكلى المردد بين الطويل والقصير ـ مضافا الى ان المختار عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام ان المقام كما تقدم مورد التمسك بالعموم لا الاستصحاب (فتحصل) ان الاظهر بحسب القواعد عدم الثبوت لمن انتقل عنه.

واما المورد الثانى فقد استدل على الاختصاص بصحاح خمسة (احدها١) صحيح ابن رئاب المحكى عن قرب الاسناد عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشترى او للبايع اولهما كليهما قال عليه السلام الخيار لمن اشترى ثلاثة ايام فاذا مضت ثلاثة ايام نظرة فقد وجب الشراء على ذلك (ثانيها٢) صحيح الفضيل بن يسار عنه عليه السلام عن الشرط فى الحيوان قال عليه السلام ثلاثة ايام للمشترى قلت وما الشرط فى غير الحيوان قال عليه السلام البيعان بالخيار مالم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما (ثالثها٣) صحيح الحلبى عنه عليه السلام قال فى الحيوان كله شرط ثلاثة ايام للمشترى (رابعها٤) صحيح ابن رئاب عنه عليه السلام قال الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام للمشترى (خامسها ٥) صحيح ابن مسلم الذى ذكره المصنف ره فى المقام الثانى المتبايعان بالخيار مالم يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام (وخبر) (٦) على ابن اسباط عن ابى الحسن الرضا عليه السلام قال الخيار فى الحيوان ثلاثة ايام للمشترى (اقول) لا كلام فى دلالة صحيح ابن رئاب الاول على ذلك فان المسئول عنه انما هو جنس الخيار

---

(١) الوسائل ـ باب ٣ من ابواب الخيار حديث ٩ ـ

(٢) ذكره صدره فى باب ٣ ـ وذيله فى باب ١ ـ من ابواب الخيار فى الوسائل

(٣) الوسائل ـ باب ٣ ـ من ابواب الخيار حديث ـ ١ ـ

(٤) الوسائل ـ باب ٤ ـ من ابواب الخيار حديث ١

(٥) الوسائل ـ باب ١ من ابواب الخيار ـ حديث ١

(٦) الوسائل ـ باب ٣ ـ من ابواب الخيار حديث ـ ٨ ـ

لافرد منه اذلا مقابلة بين ثبوت فرد للبايع و فرد آخر للمشترى بل المقابلة بين ثبوت الجنس للبايع واختصاصه بهوثبوته للمشترى ـ فجوابه ﷺ كالنص فى الاختصاص فيدل بالمفهوم على نفيه عن البايع .

واما ساير النصوص فقد قيل فى دلالتها على ذلك وجوه (احدها) ما فى المتن فى ذيل صحيح الفضيل بن يسار ـ قال قده ـ واطلاق نفى الخيار لهما فى بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما اذا كان الثمن حيوانا (وفيه) ان الظاهر كما تقدم ان الخيار المنفى خصوص خيار المجلس لا مطلق الخيار (ثانيها) ما افاده قده فى ذيل خبر على بن اسباط وهو الوجه عنده فى دلالة ساير النصوص ـ بقوله فان ذكر القيد مع اطلاق الحكم قبيح الا لنكتة جلية (وفيه) ان هذا ذكر وجها لدلالة الوصف واللقب على المفهوم وقد حقق فى الاصول عدم تماميته (ثالثها) ما افاده صاحب الجواهر وهو ان اللام تفيد الاختصاص (و فيه) ان الاختصاص الذى تفيده اللام غير الانحصار الموجب لثبوت المفهوم فان الاختصاص ليس الا ان المشترى لاشريك له فى حق الخيار غير المنافى لثبوت فرد آخر منه للبايع .

وفى مقابل هؤلاء من يدعى عدم دلالة شيء من تلك النصوص على الاختصاص ـ اما صحيح ابن رئاب فلانه وارد فى الجارية دون الحيوان ـ واما غيره فلانه يحمل قوله عليه السلام ثلاثة ايام للمشترى على ان جعل الخيار لاجل رعاية حال المشترى لا ان المجعول له الخيار هو المشترى فكان اللام للغاية لا للاختصاص (وفيه) الظاهر ان عدم الفرق بين الجارية وساير الحيوانات من المتسالم عليه وحمل اللام على الغاية خلاف الظاهر لاسيما بعد وقوع هذه الجملة جوابا عن السئوال عن حد الخيار .

فالاظهر دلالتها على الاختصاص من جهة ورودها فى مقام الضبط والتحديد لاسيما ماوقع منها جوابا عن السئوال عما هو الشرط فى الحيوان ـ ويؤيده تغيير التعبير لاحظ صحيح محمد بن مسلم ـ البيعان بالخيار مالم يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام (ودعوى) ان صاحب الحيوان مطلق من حيث ارادة الصاحب الفعلى والسابق فيعم كليهما (مندفعة) بان المشتق حقيقة فى المتلبس .

وبازاء هذه النصوص (صحيح)(١) محمد بن مسلم عن الصادق (ع) المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا وهو مستند السيد قده.

وقد افاد المصنف ره في مقام الجمع بينه وبين الروايات المتقدمة اولا بان تلك النصوص سوى ما عن قرب الاسناد انما تكون دلالتها بالمفهوم لاتبلغ في الظهور مرتبة منطوق الصحيح فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة اذ الغالب كون ارادة الفسخ في طرف المشتري ولاريب ان الاظهرية في الدلالة متقدمة في باب الترجيح على الاكثرية واما صحيح ابن رئاب فصحيح ابن مسلم ارجح منه من حيث السند لان راويه من اجل الثقات وهو مروى في الكتب الاربعة وقرب الاسناد ليس في الاعتبار بتلك المكانة - ثم قال - الانصاف ان اخبار المشهور من حيث المجموع لايقصر ظهورها عن الصحيحة مع اشتهارها بين الرواة حتى محمد بن مسلم الراوي للصحيحة مع ان المرجع بعد التكافؤ عموم ادلة لزوم العقد بالافتراق والمتيقن خروج المشتري.

اقول يرد على ما افاده قده اولا ان قوة دلالة احد المتعارضين في نفسها ليست موجبة للتقديم لعدم دلالة دليل على ذلك وانما توجب ذلك فيما اذا كان قرينة على الاخر ولم يكونا عند العرف متنافيين وضابط ذلك انه لو جمعا في كلام واحد وفرض صدور المجموع عن شخص واحد لايكون هذا الكلام متهافتا صدره مع ذيله وكان احدهما قرينة على الاخر - كما لو ورد - اغتسل للجمعة - ثم ورد لاباس بترك غسل الجمعة - وهذا الضابط لاينطبق على المقام فانا اذا جمعنا قوله عليه السلام في صحيح الفضيل في جواب السائل ما الشرط في الحيوان - ثلاثة ايام للمشتري مع قوله عليه السلام في صحيح محمد بن مسلم - المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان - لايرى العرف احدهما قرينة على الاخر بل يكون هذا الكلام متهافتا صدره مع ذيله - ويرد على ما افاده ثانيا انه في الخبرين المتعارضين لايحكم بالتساقط والرجوع الى العام الفوق بل لابد

---

(١) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ٣

من الرجوع الى المرجحات ومع فقدها يحكم بالتخيير .

وقد جمع بين الطائفتين المحقق النائينى ره بوجه آخر - وهو ان صحيح محمد ابن مسلم باطلاقه يشمل ما اذا كان الثمن او المثمن او كلاهما حيوانا - فيقيد بواسطة النصوص الاخر التى منها صحيحه الاخر بما اذا كان الثمنان حيوانا (وفيه) انه حمل على الفرد النادر وفى مثله يكون المطلق معارضا مع المقيد (ودعويه) ان قوله عليه السلام صاحب الحيوان اظهر فى الاختصاص - لا تكون جوابا عن ذلك فان ماذكره تقريب لدلالته على المفهوم وصيرورته مقيدا وهذا لا يلازم صلاحيته لتقييد الاطلاق بهذا النحو من التقييد .

فالحق ان الطائفتين متعارضتان ولا يمكن الجمع بينهما - والترجيح مع اخبار المشهور لوجهين - احدهما - انها المشهورة بين الاصحاب رواية وفتوى - ثانيهما - انها موافقة للكتاب فانها تدل على عدم ثبوت الخيار للبايع و صحيح ابن مسلم يدل على ثبوته له - وهى موافقة لقوله تعالى(١) اوفوا بالعقود - فتقدم هى - هذا على فرض تسليم حجية صحيح ابن مسلم فى نفسه مع انها قابلة للمنع من جهة اعراض الاصحاب عنه وعدم افتائهم بمضمونه - فالاظهر هو اختصاص هذا الخيار بمن انتقل اليه وعدم ثبوته لمن انتقل عنه .

واما المقام الثانى فظاهر المشهور الاختصاص بالمشترى - وعن جماعة من المتاخرين منهم الشهيد فى المسالك ثبوته لمن انتقل اليه الحيوان ثمنا اومثمنا.

واستدل للعموم بصحيح(٢) محمد بن مسلم عن الصادق(ع) عن رسول الله(ص) البيعان بالخيار مالم يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام - واورد عليه بايرادات الاول - انه مطلق يقيد اطلاقه بموثق(٣) ابن فضال عن على بن موسى عليه السلام صاحب الحيوان المشترى

---

(١) المائدة الاية ٢

(٢) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار حديث ١

(٣) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار - حديث ٢

بالخيار ثلاثة ايام واجاب عنه المصنف باحتمال ورود التقييد مورد الغالب اذالغالب كون صاحب الحيوان مشتريا - ثم اورد على نفسه بانه كمايحتمل ذلك يحتمل ورود الاطلاق فى الصحيح موردالغالب بان يكون المراد من صاحب الحيوان هوالمشترى وانما لم يذكر القيد من باب الاتكال على الغلبة - واجاب عنه بانه قد تكون الغلبة بحيث توجب تنزيل التقييد عليها ولاتوجب تنزيل الا طلاق - واورد عليه السيدالفقيه وتبعه المحقق الايروانى ره بان مجرد الدعوى والامكان لايصحح الاستدلال .

اقول توضيحا لما افاده المصنف ره بنحو يظهر عدم ورود ما اورد عليه مع ماهو الحق فى المقام ان المطلق فى الاحكام الانحلالية لايحمل على المقيد اذا كانا متوافقين كما فى اكرم العلماء واكرم الفقهاء - لعدم التنافى بينهما والمقام من هذا القبيل ولاينافى ثبوت الخيار لهما مع ثبوته للمشترى فلايحمل المطلق على المقيد - نعم - يبقى ح سؤال و هو انه على هذا ما فائدة القيد ولم ذكر ذلك والجواب عنه انه انما ذكر القيد لكونه غالبيا - كما فى الاية الشريفة(١) وربائبكم اللاتى فى حجوركم - فان قيل - لم لا يحمل المطلق على الغالب - قلنا انه مع تمامية مقدمات الحكمة ينعقد للفظ ظهور فى الاطلاق ولا يصح ارادة المقيد منه الامع ضم ما يصلح عرفا ان يتكل عليه فى مقام ارادة المقيد و بعض مراتب الغلبة لايصلح لذلك و هذا بخلاف حمل المقيد عليه فانه لايراد بحمله على الغلبة صرفه عن كونه مقيدا بل هو بنفسه غير قابل لذلك و انما يحمل على الغالب خروجا عن اللغوية - و على هذا فتكون الغلبة موجبة لتنزيل التقييد عليها غير موجبة لتنزيل الاطلاق (مع) انه يمكن ان يكون المشترى وصفا للحيوان بان يقرء بفتح الراء (الثانى) انه يقيد اطلاقه بما دل على اختصاص الخيار بالمشترى من النصوص المتقدمة فى المقام الاول (والجواب) عنه انه لامفهوم لها لان صحيح ابن رئاب مورده اشتراء الجارية وغيره يتوقف ثبوت المفهوم له على القول بثبوت المفهوم للوصف واللقب (الثالث) ما افاده المصنف ره وتبعه المحقق الاصفهانى ره وهو انصرافه الى المشترى فلامخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقا

(١) النساء ٢٣

او بعد المجلس (وفيه) انه لامنشألتوهم الانصراف سوى الغلبة وهى لاتوجب الانصراف المقيد للاطلاق كما حقق فى محله (الرابع) ماذكره المصنف ره بقوله ولاصحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين لامكان تقييدها وان بعد الخ اقول لم يظهر لى وجه هذا الايراد وانه كيف يكون ايرادا على هذا الدليل بل الصحيح لولم يكن معاضدا ليس بمناف قطعا ـ فالاظهر هو ثبوت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان مطلقا بايعا كان او مشتريا .

قوله قده لافرق بين الامة وغيرها فى مدة الخيار الخ وقد استدل لما عن جمع من ان مدة خيار الامة مدة استبرائها ـ بحكم الاصحاب بضمان البايع لها مدة الاستبراء من جهة تسالمهم على ان التلف فى زمان الخيار ممن لاخيار له فانه يستكشف من ذلك ان مدة الاستبراء مدة الخيار (وفيه اولا) انه لادليل على ضمان البايع فى تلك المدة (وثانيا) انه لوتم ذلك لم يفد فى الحكم بثبوت الخيار فى تلك المدة فان الملازمة انما تكون بالعكس (وثالثا) ان صحيح ابن رئاب المحكى عن قرب الاسناد المتقدم صريح فى ان امد الخيار فى الجارية انتهاء ثلاثة ايام (ثم انه) لولاهذا الصحيح و صحيحه الاخر الاتى لكان للتشكيك فى ثبوت الخيار فى بيع الامة مجال لانصراف الحيوان عن الانسان ـ وكيف كان ـ فالاظهر هو ثبوت الخيار فيها ـ وانتهاء امده بانتهاء ثلاثة ايام .

يثبت خيار المجلس لو كان المبيع حيوانا

قوله قده مبدأ هذا الخيار من حين العقد فلو لم يتفرقا ثلاثة ايام انقضى خيار الحيوان الخ الكلام فى هذه المسألة فى مقامين ـ الاول ـ فى انه هل يختص خيار المجلس بما اذا لم يكن المبيع حيوانا ـ ام يعم ما اذا كان حيوانا ـ الثانى ـ فى انه على فرض التعميم ـ هل يكون مبدئه من بعد التفرق اومن حين العقد

اما المقام الاول فقد ذهب السيد الفقيه وتبعه المحقق الايروانى ره الى الاول واستدل له بان النصوص من جهة تضمنها المقابلة بين النوعين وان نوعا من الخيار

وهو خيار الحيوان ثابت فيه - ونوعا اخر منه ثابت في غيره - تدل على الاختصاص وبها يقيد اطلاق مادل على خيار المجلس مطلقا - كقوله عليه السلام (١) ايما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا فاذا افترقا وجب البيع - (وفيه اولا) ان المقابلة الواقعة بين الخيارين انما هي من حيث منتهاهما الا في انفسهما - وعليه - فالنصوص المشار اليها تدل على ان امد الخيار في الحيوان ثلاثة ايام - وبعدها لاخيار ونصوص خيار المجلس باطلاقها تدل على ان امد الخيار مطلقا التفرق ولاخيار بعده - ولا تعارض بين الجملة الايجابية من كل منهما مع الجملة الايجابيه من الاخرى - وانما التعارض بين الايجابية من كل منهما مع السلبية من الاخرى - والنسبة بما انها عموم مطلق فيقيد اطلاق السلبية من كل منهما بايجابية الاخرى (وثانيا) ان النصوص المشار اليها بانفسها لاتصلح دليلا للتفصيل القاطع للشركة - وذلك لان صحيح محمد بن مسلم المتقدم في المسألة المتقدمة دليلا على السيد المرتضى ره وان كان مفصلا الا انه قد عرفت انه مطروح اما للاعراض اولترجيح غيره عليه (لايقال) انه متضمن لحكمين احدهما ثبوت خيار الحيوان للمتبايعين - الثاني - عدم ثبوت خيار المجلس فيه وهو غير حجة في المدلول الاول دون الثاني اذ لامانع من طرح الخبر من جهة والعمل به من جهة اخرى (فانه يقال) ان دلالته على الحكم الثاني انما تكون من جهة التفصيل فاذا سقط عن الحجية بالاضافة الى احد طرفي التفصيل وهو ثبوت خيار الحيوان للمتبايعين تبعه سقوطه عن الحجية في الحكم المترتب على التفصيل - واما خبر علي ابن اسباط فهو ضعيف السند - لان في طريقه الحسين بن محمد بن عامر (عمران) وهو مجهول (واما) صحيح الفضيل فالتفصيل فيه انما يكون في كلام السائل لا الامام عليه السلام (واما) صحيح (٢) اخر لمحمد بن مسلم البيعان بالخيار ما لم يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام - فهو لايدل على عدم ثبوت خيار المجلس في الحيوان فانه ذكر عليه السلام اولا ان خيار المجلس ثابت في كل بيع

---

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار حديث ٤

(٢) الوسائل - باب ١ من ابواب الخيار حديث ١

ثم عقبه ببيان حكم آخر لبعض افراد البيع وهو بيع الحيوان فيكون من قبيل ذكر الخاص بعد العام وترتيب حكم آخر على الخاص غير المنا فى لحكم العام فلا يكون مخصصا له - وبه يظهر حال صحيح الحلبى (فالاظهر) هو ثبوت خيار المجلس فيما اذا كان المبيع حيوانا ،

مبدأ هذا الخيار

واما المقام الثانى فظاهر النصوص كالفتاوى كون المبدأ من حين العقد - وقد استدل لكون المبدأ من حين التفرق بوجوه .

الاول ما عن الشيخ فى المبسوط وهو ان الخيار يدخل اذا ثبت العقد والعقد لم يثبت قبل التفرق (وفيه) انه ان اريد من عدم الثبوت عدم تأثيره فى الملكية فيرد عليه انه مؤثر فيها من حين العقد غاية الامر تكون جائزة قبل التفرق - وان اريد به عدم اللزوم الذاتى فيرده ان البيع من العقود اللازمة - وان اريد به عدم اللزوم الفعلى فيرده ان اللزوم الفعلى مع وجود الخيار غير معقول لانهما ضدان لا يجتمعان واللزوم الفعلى مع قطع النظر عنه موجود اذ لا وجه للبناء على ثبوت خيار المجلس ابتداءاً ثم ملاحظة خيار الحيوان بعد كونهما فى عرض واحد .

الثانى استصحاب عدم ارتفاع الخيار بانقضاء ثلاثة ايام من حين العقد (وفيه) مضافا الى انه لا يجرى مع ظهور الدليل - انه لا يجرى فى جميع الموارد فانه اذا فرض عدم التفرق قبل مضى ثلاثة ايام و حصوله بعده - لا يجرى هذا الاصل فانه ان اريد استصحاب بقاء خيار المجلس فهو متيقن الارتفاع وان اريد استصحاب بقاء خيار الحيوان فهو مشكوك الحدوث بعد الثلاثة - وان اريد استصحاب الخيار الجامع بينهما فهو من قبيل استصحاب القسم الثالث من اقسام الكلى والمختار عدم جريانه فتامل (مع) انه لا يترتب على هذا الاصل الاثار المترتبة على عدم ثبوته قبل التفرق من كون اسقاطه اسقاطا لما لا يجب ونحوه لانه بالنسبة اليها مثبت .

الثالث اصل عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس - ويرد عليه - انه لا يجرى مع

ظهور الدليل -واورد عليه بايرادين آخرين (احدهما) ما افاده المصنف ره وهو انه مثبت فان عدمه قبل الافتراق لازم عقلي لبقائه الى الثلاثة من حين التفرق (وفيه) انه كك بالنسبة الى آثار وجوده بعد انقضاء الثلاثة من حين العقد و اما بالنسبة الى الاثار المترتبة على عدم ثبوته قبل التفرق فلا يكون مثبتا - وبذلك يظهر ان هذين الاصلين بالنسبة الى الاثار متعاكسان وكل منهما يترتب عليه سنخ خاص من الاثار و مثبت بالنسبة الى السنخ الاخر فلا وجه للاشكال في جريان احدهما خاصة بالمثبتية (ثانيهما) ما افاده المحقق النائيني ره وهو انه بمعناه المحمولي وهو عدم تحقق الخيار قبل بيع الحيوان لااثر له وبمعناه النعتي مثبت (وفيه) ان العدم المحمولي والنعتي انما يكون مقسمهما الوصف والموصوف فيقال عدم الوصف قبل الموصوف عدم محمولي وعدمه بعده عدم نعتي. ولاربط لذلك بالمقام فان من له الخيار في المقام هو المشتري فيقال انه قبل البيع لم يكن له تملك مال البايع من دون رضاه فيستصحب هذا المعنى ويمكن تقريب جريان الاصل بوجه آخر - وهو استصحاب عدم جعل الشارع خيار الحيوان قبل التفرق ويكون المستصحب العدم النعتي فانه ﷺ في اول بعثته لم يجعل خيار الحيوان قبل التفرق قطعا ويستصحب ذلك - وما عن المحقق النائيني ره من ان استصحاب عدم الجعل لايثبت به عدم المجعول اجبنا عنه في الاصول في مبحث البرائة حلا ونقضا - ولكن يرد عليه انه لايثبت به منتهى الخيار مضافا الى محكوميته بالنسبة الى الروايات الظاهرة في ان المبدأ من حين العقد.

الرابع ان جملة من (١) النصوص تدل على ان تلف الحيوان في الثلاثة من البايع لا المشتري. وبضم هذه النصوص الى ما دل على ان التلف في زمان الخيار المشترك ممن انتقل اليه يستكشف ان مبدأ خيار الحيوان من ما بعد التفرق - اذ لو كان من حين العقد لم يكن التلف في جزء من الثلاثة من البايع (واجاب) المصنف ره عن ذلك بان ادلة التلف من البايع محمولة على الغالب من كونه بعد المجلس (و فيه)اولا ان الغلبة ممنوعة

---

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار

اذ نسبة التلف الى كل جزء من الاجزاء كنسبته الى ساير الاجزاء بلاتفاوت وثانيا ـ ان الغلبة لاتوجب الانصراف المقيد للاطلاق.

والحق فى الجواب ان يقال (اولا) انه لو سلم التعارض بين هذين الدليلين المتكفلين لحكمين لما كان وجه للتصرف فى الدليل الظاهر فى ان مبدأ خيار الحيوان من حين العقد(وثانيا) انه لادليل بالخصوص على ان التلف فى زمان الخيار المشترك من المنتقل اليه وانما يلتزم به على القاعدة فيخصص القاعدة بالنصوص الدالة على ان تلف الحيوان فى الثلاثة من البايع(وثالثا)انه لو سلم التعارض وعدم التخصيص ولزوم التصرف فى ادلة الخيار ـ نقول انه كما يرتفع التعارض ح بما ذكر كك يرتفع بالالتزام بعدم وجود خيار المجلس ـ وبان خيار الحيوان يثبت بعد المجلس الى ان تتم ثلاثة ايام من حين العقد بل لعل الاخير اظهر من جهة انه مقتضى ثبوت المقتضى لخيار الحيوان مع وجود المانع فى المجلس

الخامس انه لو كان مبدأ خيار الحيوان من حين العقد يلزم اما اجتماع المثلين او اجتماع السببين على مسبب واحد ـ لان الثابت قبل التفرق اما خيار ان او احد هما فعلى الاول يلزم اجتماع المثلين وعلى الثانى يلزم اجتماع السببين على مسبب واحد ـ والمصنف ره فى مقام تقريب الاشكال اقتصر على المحذور الثانى ـ والعلامة اقتصر على المحذور الاول (وعليه) فمن الغريب ان المصنف ره حمل جواب العلامة ره على ماذكره فى مقام الجواب مع انه فى مقام الجواب عما ذكره من المحذور لاما افاده المصنف ره ـ وكيف كان فقد اجاب المصنف ره عنه بان الخيار الذى هو المسبب ان كان مختلف الحقيقة باختلاف الموارد فلا محذور فى تعدد السبب لفرض تعدد المسبب ولايلزم مع ذلك اجتماع المثلين وان كان فى جميع الموارد متحد الحقيقة فلاباس بتعدد السبب ـ اما لان الاسباب معرفات والسبب الحقيقى واحد ـ واما لان السببين عند الاجتماع معاعلة تامة و عند الانفراد كل منها علة تامة و على التقديرين السبب واحد (و فيه) ان الاسباب لامعرفات ولا مؤثرات بل المؤثر فى جعل

الاحکام الشرعیة ارادة الجاعل وهی تکون موضوعات للاحکام ـ ولایعقل تخلف الاحکام عنها .

والحق فی الجواب ان یقال انه عند تعدد السبب ان امکن الالتزام بتعدد المسبب فهو المتعین والافان امکن الالتزام بالتعدد من حیث الاضافة الی الاسباب کالقتل بالنسبة الی اسبابه یتعین ذلك ـ والافیلتزم بالتاکد ان امکن ـ والمقام من قبیل الثانی فان الخیار الذی هو ملك الالتزام لایقبل التعدد ولاالتاکد ولکنه یمکن تقییده من جهة السبب واثره انه یمکن اسقاطه من جهة وابقائه من جهة .

قوله قده ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصیغة الخ .

اقول قدتقدم ان الخیار انما یثبت فی العقد الذی لولاه کان لازم الوفاء وبعبارة اخری دلیل الخیار مخصص لعموم اوفوابا لعقود وعلی هذا فهویکون ثابتامن حین صدق عنوان البایع والمشتری وهما انما یصدقان من حین الاجازة من غیر فرق بین القول بالنقل اوالکشف ـ نعم ـ التعبیر بصاحب الحیوان فی بعض النصوص موهم لکون المدار علی الملکیة وعلیه فالتفصیل بین القول بالنقل اوالکشف فی محله ـ ولکن الظاهر ولو بقرینة سایر النصوص ان المراد بالصاحب المتلقی للحیوان لاالمالك الفعلی والغرض منه تخصیص الخیار بالمشتری فالاظهر ثبوت الخیار من حین الاجازة علی جمیع المسالك (فما) افاده المحقق النائینی ره من انه علی القول بالکشف الحقیقی یتعین البناء علی ثبوت الخیار من حین اجراء الصیغة فی غیر محله .

فی دخول اللیلتین المتوسطتین فی ثلاثة الخیار

قوله قده لااشکال فی دخول اللیلتین المتوسطتین فی الثلاثة ایام الخ

والوجه فی ذلك ظهور النصوص فی امتداد الخیار من اول تحققه الی حین زواله ـ ولا اشکال ایضا فی دخول اللیلة الاولی ان وقع العقد فی اللیل ـ انما الکلام فیما لووقع العقد فی اول الیوم ـ وانه هل تدخل الثالثة ام لا ـ قدیقال بالدخول (واستدل له) بظهور الیوم فی النهار مع اللیل اما لانه اسم للمجموع او للتغلیب و بانه تدخل

الليلتين فى الثلاثة كما تقدم فتدخل الثالثة والا الاختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد (وفيهما نظر) اما الاول فلان اليوم فى اللغة وبحسب المتفاهم العرفى اسم لبياض النهار - والتغليب ليس بنحو يوجب الظهور - واما الثانى - فلان دخول الليلتين ليس من جهة دخولهما فى المستعمل فيه بل لما عرفت فلا يلزم الاختلاف فى مفردات الجمع (ثم انه) يقع الكلام فى ان المراد باليوم هل هو اليوم التام فلا يكفى الملفق اومقداره ولو من نهارين اومقداره من الزمان ولو بضم الليل والاظهر هو الاوسط - لان الظاهر من الدليل اعتبار اليوم اى بياض النهار على نحو الطريقية الى الساعات النهارية وعليه فيكفى الملفق من نهارين ولا يكفى الملفق من يوم وليل .

التصرف مسقط لخيار الحيوان

قوله قده يسقط هذا الخيار بامور - والثالث التصرف ولاخلاف فى اسقاطه فى الجملة الخ اقول كلمات القوم فى المقام مشوشة ومضطربة والاقوال كثيرة حتى ان بعضهم افتى فى كتاب بغير ماافتى به فى كتاب آخر و افرط بعضهم وحكم بمسقطية التصرف اذا كان اجازة فعلية وفرط آخر وحكم بمسقطية كل تصرف حتى التصرف للاستخبار و التصرف فى طريق الرد و بينهما اقوال لا يهمنا التعرض لها - و الغريب مع ذلك دعوى الاجماع فى المقام اللهم الا ان يراد به الاجماع على مسقطية التصرف فى الجملة ولو بمعنى اسقاط الرضا المستكشف به - وكيف كان فالاولى صرف عنان الكلام الى بيان ما هو الحق المستفاد من نصوص الائمة الاطهار صلوات الله عليهم .

فاقول تنقيح الكلام يقتضى التكلم فى موارد (الاول) فى بيان ما يستفاد من الاخبار المروية فى المتن (الثانى) فى المبعدات المذكورة لكون التصرف بنفسه مسقطا (الثالث) فيما توهم من منافاة طائفة اخرى من الروايات معها - اما المورد الاول - فالكلام فيه فى جهات (الاولى) ان قوله عليه السلام فى صحيح (١) صفار المنقول فى المتن اذا

---

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب الخيار حديث ٢

احدث فيها حدثا فقد وجب الشراء ـ ونحوه مافي صحيح(١) ابن رئاب يدل على ان احداث الحدث بنفسه مسقط (و المراد به) اعمال عمل جديد لم يكن من شأنه قبل العقد فهو لايشمل كل تصرف كسقى الدابة واعلافها ـ كما لا يشمل التصرف للاستخبار اوللرد لانه ليس هذا التصرف من باب تصرف الملاك فى املاكهم ـ و لذا قيد الراوى ركوب الدابة بركوب ظهرها فراسخ الذى هو من شئون المالك و من وجوه الانتفاع بماله ـ كما ان الامام(ع) قيد النظر بما كان محرما قبل الشراء وعلى هذا فالمستفاد من هذه النصوص ان كل تصرف مالكى لم يكن للمشترى قبل الشراء اذا وقع بعده يكون مسقطا للخيار ولو لم يكن اجازة فعلية .

الثانية انه قد يتوهم ان الامثلة المذكورة فى النصوص (٢) من تقبيل الجارية ولمسها والنظر اليها ليست مصاديق لاحداث الحدث بل هى من قبيل الامر باغلاق الباب فكيف حكم بمسقطيتها لكنه فاسد اذ قد عرفت ان احداث الحدث يعم كل تصرف لم يكن من شأنه قبل العقد وهذه منه.

الثالثة ان فى صدر صحيح ابن رئاب (فان احدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الايام فذلك رضا منه فلا شرط) رتب سقوط الخيار على كون احداث الحدث رضا بالبيع وقد وقع الكلام فى ماهو المراد من هذه الجملة وقبل بيان ماذكره المصنف ره من المحتملات لابد من بيان ماهو الحق عندنا وهو يتوقف على مقدمة (وهى) ان المراد بالرضا ليس هو طيب النفس الذى هو من صفات النفس بل المراد به الاختيار الذى هو من الافعال وذلك لوجوه (منها) حمله على احداث الحدث الذى هو من الافعال ولا يصح حمل الصفة على الفعل الامع العناية (منها) انه لاعبرة بالرضا غير المبرز فى باب المعاملات قطعا (ومنها) ان الرضا بمعنى طيب النفس يتعدى بكلمة باء ـ وبمعنى الاختيار يتعدى بنفسه وهو فى هذه النصوص تعدى بنفسه وعلى هذا فالمراد من قوله فذلك رضا منه انه اختيار واجازة فيكون مفاد هذه الجملة من الصحيح التعبد بان كل مايكون احداث الحدث يكون

(١و٢) الوسائل ـ باب٤ ـ من ابواب الخيار

اجازة للعقد وموجبا لسقوط الخيار فيتحد مفادها مع ساير النصوص المطلقة .

اذا عرفت هذا فاعلم ان المصنف ره لما بنى على ان المراد من الرضا هو طيب النفس احتمل وجوها فيها (احدها) ان الرضا محمول على التصرف بعنوان التعبد والتنزيل (ثانيها) ان قوله فذلك رضا منه توطئة للجواب الذى هو قوله ولا شرط له ويكون المراد منه ان التصرف لكونه كاشفا نوعيا عن الرضا يكون مسقطاً لكن لوحظ هذا العنوان على وجه الحكمة غير المطردة فيكون التصرف مسقطا و لو علم فى مورد عدم الرضا بالعقد (ثالثها) ان يكون المراد من قوله فذلك رضا منه هذا المعنى المشار اليه فى الوجه الثانى ـ لكنه ماخوذ على وجه العلية فيكون مفاده ان كل تصرف يكون كاشفا نوعيا عن الرضا يكون مسقطا للخيار (رابعها) هذا المعنى مع ارادة الكاشفية الفعلية الشخصية عن الرضا وهو قده اختار الوجه الثالث ـ اقول كل هذه الوجوه بعيدة (اما الاول) فلان الرضا بنفسه لاحكم له فى باب المعاملات كى ينزل التصرف منزلته (و اما الثانى) فلان الظاهر مما يذكر فى مقام العلة كونه علة لا حكمة (واما الثالث) فلعدم انطباق ذلك على الامثلة المذكورة فى النصوص لعدم كونها كاشفة عن الرضا لو خليت وطبعها (واما الرابع) فيرد عليه مضافا الى ما اورد على الوجه الثالث انه لم يلتزم به احد ـ واضف الى ذلك ما عرفت من فساد المبنى فالمتعين هو ما ذكرناه (ثم) مع الاغماض عما ذكرناه فغاية الامر اجمال هذه الجملة فلا مقيد لاطلاق النصوص فالمستفاد من النصوص ان احداث الحدث بنفسه مسقط للخيار ـ (فما) عن المحقق النائينى ره من حمل النصوص على ارادة ان كل تصرف يكون اجازة فعلية يكون مسقطا غير تام .

واما المورد الثانى فقد ذكروا من مبعدات كون كل احداث الحدث مسقطا امورا (منها) انه لو كان كك لزم لغوية جعل الخيار اذ من المعلوم عدم انفكاك المملوك او الحيوان المشترى عن تصرف ما فى اثناء الثلاثة (وفيه) قد مر ان احداث الحدث اخص من وجه من التصرف ـ وبه يظهر الجواب عن الامر الثانى و هو ان الحكمة فى هذا الخيار الاطلاع على امور خفية فى الحيوان توجب زهادة المشترى وكيف يمكن ان يطلع الانسان على ذلك مع عدم التصرف (ومنها) ان الاصحاب

ذكروا ان كل فعل وتصرف يكون اجازة اذا كان فيما انتقل اليه يكون ردا و فسخا اذا كان في ما انتقل عنه ومن المعلوم ان كل تصرف فيما انتقل عنه لا يكون ردا فكذا الاجازة (وفيه) انه قد عرفت ان احداث الحدث بنفسه مسقط لابما انه اجازة فعلية والملازمة التى ذكرها الاصحاب انما هى بين ماهو اجازة فعلية - وفسخ فعلى لابين احداث الحدث و الفسخ فلا ربط لذلك بالمقام (ومنها) حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا وان لم يعد تصرفا كتقبيل الجارية (وفيه) انه وان لم يكن ذلك تصرفا الا انه احداث الحدث (ومنها) ورود النص (١) ايضا بان العرض على البيع اجازة مع انه ليس حدثا عرفا (وفيه) ان التعريض للبيع اذا كان بعنوان بيعه لا بعنوان استخبار قيمته من الحدث عرفا .

واما المورد الثالث فما توهم منافاته للنصوص المتقدمة خبران (احدهما) خبر عبدالله (٢) بن الحسن الحاكى للنبوى فى رجل اشترى عبدا بشرط الى ثلاثة ايام فمات العبد فى الشرط قال صلى الله عليه وآله يستحلف بالله مارضيه ثم هو برىء من الضمان - بتقريب انه صلى الله عليه وآله لم يستفصل بين احداث الحدث وعدمه وحكم بالبرائة ولو احدث الحدث فيستكشف من ذلك ان المسقط انما هو الرضا ومسقطية احداث الحدث انما تكون لاجل كاشفيته عن الرضا الا انه بنفسه مسقط (وفيه) اولا ان الخبر ضعيف السند و ثانيا - ان المراد بالرضا فيه ليس هو طيب النفس اذهو ليس مسقطا للخيار قطعا بل المراد به الالتزام بالعقد والاختيار وقد مران احداث الحدث منه تعبد او بالحكومة - وثالثا - ان الخبر وارد لبيان حيثية التلف فى زمان الخيار خاصة لا للبيان من جهة اخرى فلا يمكن التمسك بترك الاستفصال فيه بين احداث الحدث وعدمه (ثانيهما٣) المصحح فى رجل اشترى شاه فامسكها ثلاثة ايام ثم رد - قال عليه السلام ان كان فى تلك الثلاثة الايام

---

(١) المستدرك باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١

(٢) الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار حديث ٤

(٣) الوسائل باب ١٣ - من ابواب الخيار - حديث ١

يشرب لبنها يرد معها ثلاثةامداد وان لم يكن لها لبن فليس عليه شيء ونحوه الاخر (وفيه) اولا ان موردهما الرد بعد الثلاثة فهما اجنبيان عن المقام ويحملان على ارادة الرد بخيار العيب والتصرف ليس مسقطاله ـ وثانيا ـ انه لم يعمل بهما لتضمنهما رد ثلاثة امداد (فتحصل) ان الاظهر كون احداث الحدث اى اعمال عمل جديد لم يكن له قبل الاشتراء من المسقطات بنفسه .

خيار الشرط

قوله قده الثالث خيار الشرط اعنى الثابت بسبب اشتراطه فى العقد الخ

قد استدل لصحة هذا الشرط ـ بوجهين .

الاول ـ الاخبار العامة المسوغة لاشتراط كل شرط الا ما استثنى كالخبر المستفيض(١) المسلمون عند شروطهم ـ وقد اورد على الاستدلال بها بامور (احدها) ما عن المستند من ان هذا الشرط مخالف للكتاب والسنة ـ اذ السنة دلت على ان البيع يجب بالافتراق فاشتراط عدم وجوبه مخالف للسنة فلا يكون مشمولا لتلك الاخبار لانه قد استثنى من الشروط لازمة الوفاء ما خالف الكتاب والسنة (وفيه) ان وجوب البيع ولزومه حقى لا حكمى لجريان الاقالة فيه فشرط عدمه ليس مخالفا للكتاب و السنة اذ الشرط المخالف للسنة هو شرط فعل او ترك محكوم بحكم الزامى ـ او عدم حكم وضعى غير حقى كما تقدمت الاشارة اليه وسيجيء تفصيله فى باب الشروط (ثانيها) انه شرط مخالف لمقتضى العقد لان مقتضاه لزوم البيع (وفيه) ان اللزوم من احكام العقد لا من مقوماته فشرط عدمه ليس مخالفا لمقتضى العقد (ثالثها) ما افاده المحقق الايروانى ره وهو ان ظاهر الاخبار الحكم التكليفى ووجوب ان يكون المؤمن عند شرطه فلا يعم ما هو من قبيل شرط النتيجة الذى منه المقام وهو شرط الخيار وثبوت حق الرجوع (وفيه) اولا قد تقدم فى مسألة اشتراط سقوط خيار المجلس ان مفاد هذه النصوص

---

(١) راجع الوسائل ـ باب ٦ ـ من ابواب الخيار ـ وباب ٤ من ابواب كتاب المكاتبة .

بقرنية غيرها من الاخبار نفوذ الشرط الذى له ربط بالمشروط عليه فتشمل شرط النتيجة - وثانيا - انه يمكن ارجاع هذا الشرط الى شرط الفعل بان يشترط ان يفسخ متى مااراد (رابعها) ماافاده المحقق الايروانى ره ايضاً - وهو ان المقام داخل فى شرط فعل الله اعنى حكمه بالخيار وهو خارج عن الاختيار غير مشمول لخطاب المؤمنون (وفيه) مضافا الى ماتقدم من امكان ارجاعه الى شرط الفعل ان هذا الحكم الشرعى بما انه مجعول فى ظرف انشاء المكلف كما فى ساير الانشائيات يكون مقدورا ابا لواسطة وان شئت قلت ان المشروط هو الخيار عند المتبايعين والشارع الاقدس امضى ذلك وحكم بالخيار لانه هو المشروط فتدبر - فالاظهر تمامية هذا الوجه.

الوجه الثانى - الاخبار الخاصة الواردة فى بعض افراد المسألة (منها) النصوص المستفيضة الواردة فى اشتراط الفسخ برد الثمن الاتى نقلها ومنها(١) صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام ان كان بينهما شرط اياماً معدودة فهلك فى يد المشترى قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البايع (ومنها) غير ذلك - وقد جعلها صاحب المستند مخصصة لما دل على عدم صحة الشرط المخالف - واورد عليه - بان سياق ادلة عدم صحة الشرط المخالف آب عن التخصيص فتامل.

لوجعل الخيار ولم يعين المدة

قوله قده لافرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد او منفصلا عنه الخ محل الكلام فى هذا المقام ليس جواز كون زمان الخيار منفصلا - بل اتفقت كلماتهم على جواز ذلك لعموم ادلة الشروط (ودعوى) انه يلزم منه جواز العقد بعد لزومه - (مندفعة) بانه لامحذور فى ذلك مضافا الى ثبوت نظيرها فى الشرع كخيار التأخير. وانما الكلام وقع - فيما لو عين مدة مجهولة كقدوم الحاج - والكلام فيه فى

---

(١) الوسائل باب٨- من ابواب الخيار حديث٢

موردين -الاول -في صحة الشرط وفساده-الثاني - في صحة البيع وفساده .

اما المورد الاول فقد استدل على بطلان الشرط بوجوه (احدها) الاجماع - وهو كما ترى (ثانيها) ما ارسله بعض (١) من نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر وهو عام شامل للشرط ايضاً - ولا بأس به وهو وان كان ضعيف السند الا ان عمل الاصحاب واستدلالهم به في جملة من المواضع يوجب جبره (ثالثها) ان البيع يبطل فيكون الشرط باطلا بالتبع (رابعها) ما في الجواهر وهو ان اشتراطه مخالف للسنة (وفيه) انه ان اريد بذلك ان البيع بواسطة هذا الشرط يصير غرريا فهذا شرط مخالف للسنة ففيه ان الظاهر من قوله الا شرطا خالف كتاب الله كون الالتزام بنفسه او الملتزم به مخالفا للكتاب او السنة و اما الشرط الموجب لمخالفة شيىء آخر للكتاب او السنة فهو غير مشمول له - و ان اريد به ان الشرط الغرري بنفسه منهى عنه - فيكفي في فساده نفس دليل الغرر .

واما المورد الثاني فقد استدل على بطلان البيع بوجوه (احدها) الاجماع - وهو كما ترى (ثانيها) ان الشرط اذا فسد فسد المشروط وقد تقدم فساد الشرط - وفيه - ما سيجيء في محله من ان الشرط الفاسد لا يكون مفسدا (ثالثها) صيرورة المعاملة بذلك غررية (واورد عليه) تارة - بان العقلاء يقدمون على مثل هذه المعاملة ويسامحون في مثل هذه الجهالة - واخرى - بان الشرط انما يكون التزاما في ضمن التزام وجهالة المظروف لا تسرى الى الظرف وهو معلوم من جميع الجهات فلا يكون غرريا - وثالثة - بما عن المحقق الايرواني ره وهو ان الغرر المنهى عنه لا يشمل الغرر الحاصل بجهالة مدة الخيار والا بطل كل البيوع بجهالة مدة خيار المجلس (وفي الكل نظر) اما الاول - فلان اقدام العقلاء لا يوجب رفع الغرر فانهم ربما يقدمون على المعاملة الخطرية والشارع الاقدس لسد هذا الباب نهى عن البيع الغرري - واما الثاني - فلان الشرط وان كان التزاما في ضمن التزام الا ان المشروط بما انه جواز العقد ومن المعلوم

---

(١) التذكرة ج١ - ص٤٦٦ - مسألة بيع الطير في الهواء - ومن الشهيد ره نحوه .

ان الملكية اللازمة غير الملكية الجائزة فلامحالة تسرى الجهالة الى البيع ويصير البيع بذلك غرريا كما لايخفى - واما الثالث - فلان خيار المجلس انمايكون بجعل من الشارع واما المتعاملان فهما عالمان بماينشآن ولاجهالة فيه بوجه ولاغرر وحكم الشارع لايوجب غررية البيع - فالاظهر تمامية هذا الوجه (فتحصل) بطلان البيع .

قوله قده لكن لايخفى سراية الغرر الخ قدتقدم ان مراد من استدل بهذا الوجه اثبات بطلان الشرط خاصة فلو تم ذلك الاستدلال به لفساد الشرط اولى من الاستدلال به لفساد البيع وبطلان موضوعه ولكن قدعرفت ان الاولى الاستدلال له بعموم النهى عن الغرر فراجع .

قوله قده مسألة لافرق فى بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج وبين عدم ذكر المدة اصلا الخ و قد قيل ان المشهور بين المتقدمين الصحة والانصراف الى ثلاثة ايام - وعن غيرواحد دعوى الاجماع عليه .

واستدل له (بما) عن محكي الخلاف من وجود اخبار الفرقة به بتقريب ان هذه الحكاية بمنزلة ارسال اخبار فيكفى فى انجبارها الاجماعات المنقولة (وبالاخبار) الواردة فى شرط الحيوان بدعوى ان قوله عليه السلام (١) الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام للمشترى اشترطام لم يشترط يدل بالفحوى على ان الشرط فى غيره ثلاثة ايام مع اشتراط الخيار وان لم يشترط ثلاثة ايام لااشتراطها لعدم اختصاصه به اذ ضرورة صحة اشتراطاى عدد شاء فالمختص بها ح اطلاق اشتراط الخيار وبالنبويين (٢) الواردين فى حنان ابن منقذ الذى كان يخدع فى البيع -قال صلى الله عليه وآله وسلم له اذا بعت فقل خلابة ولك الخيار ثلاثا كما فى احدهما -وجعل له الخيار ثلاثا كما فى الآخر.

وفى الكل نظر (اما الاول) فلان عمل الاصحاب انمايوجب انجبار ضعف السند لو علم استنادهم الى الخبر و الا فمجرد مطابقة الفتاوى مع الخبر لا يوجب جبر

---

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار - حديث ١

(٢) التذكرة ج١- ص٥١٩

الضعف -وفي المقام حيث لم يحرز ذلك ولعلهم استندوا الى الوجه الثاني بل يحتمل ان يكون مراد الشيخ من الاخبار ذلك فلا يكون الضعف منجبرا (مع) ان العمل يوجب جبر ضعف السند لا الدلالة و حيث انه يحتمل عدم دلالتها على فرض وجودها فلا يصح الاستدلال بها (وما) افاده المحقق الايرواني ره بان المسند المنقول بالمعنى حجة عندهم والمرسل بعد الجبر يبلغ مبلغه (يرده) انه فرق بين الخبر المنقول بالمعنى من غير ان يدخل فيه اجتهاد الراوي وبين نقل مفاده بحسب اجتهاده والاول حجة دون الثاني والمقام من قبيل الثاني (واما الثاني) فلانه لا مفهوم لتلك الاخبار اصلا- وعلى فرضه فهو عدم ثبوت الثلاثة في غير الحيوان لا الثلاثة مع الاشتراط (واما الثالث) فلانهما ضعيفان سندا وقاصران دلالة - اما الاول فواضح- واما الثاني فلما عن التذكرة من ان قوله لا خلابة عبارة في الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثا واذا اطلقاها عالمين بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط انتهى- فالاظهر ان حكم هذه الصورة حكم الصورة الاولى.

قوله قده اذ الغرر مندفع بتحديد الشرع الخ الاظهر هو التفصيل بين علمهما بتحديد الشارع و عدمه - فعلى الاول لا غرر اذ التزامهما بالخيار التزام به في ثلاثة ايام- وعلى الثاني- يكون غرريا فانه لا اقدام على الحكم الشرعي وما اقدما عليه حيث انه غرري والحكم الشرعي لا يرفع الغرر فلامحالة يكون الدليل المفروض مخصصا لدليل الغرر - ولا يقاس - بالجهل بخيار الحيوان ومدته فانه ليس هناك اقدام معاملي على الخيار.

ثم ان هناك صورة ثالثة وهي ما لو ذكر مدة مطلقة اما ابداً او مادام العمر- فعن المحقق النائيني ره الحكم بفساد الشرط فيها -بدعوى انه مخالف لمقتضى العقد فان مقتضاه بمدلوله الالتزامي هو التزام كل من المتبايعين بما انشأه فلو لم يلتزم احدهما به في مقدار من الزمان فهو ينافي اطلاقه ولا باس به واما لو لم يلتزم به ابدا فهو ينافي مقتضاه ويفسد (و فيه) ان الشرط المخالف لحقيقة العقد او لما يتقوم به انما لا يكون نافذا فيما اذا كان منافيا لمقتضاه حتى مع الشرط -- واما ما ينافي مقتضاه الذي يكون مقتضاه لو لا الشرط فلامانع من نفوذه كما سياتي تنقيحه في

مبحث الشروط - والمقام من هذا القبيل كما لايخفى- فالاظهر صحة البيع والشرط في هذه الصورة

مبدأخيار الشرط

قوله قده مبدأ هذا الخيار من حين العقد لانه المتبادر من الاطلاق الخ

و قد تقدم في مبحث خيار الحيوان ما يمكن ان يستدل به على كون المبدأ من بعد انتهاء امد ساير الخيارات و انه لايتم شيء مما ذكروه فلا مانع ثبوتا من الالتزام بان مبدأه في المقام من حين العقد واذا كان المتبادر من الاطلاق كون المبدأ من حين العقد نلتزم به.وانما الكلام في المقام في موردين -الاول- فيما افاده .

بقوله ولو جعل مبدئه من حين التفرق بطل لادائه الى جهالة مدة الخيار الخ

فانه يرد عليه انه لو جعل الخيار من حين التفرق الى ثلاثة ايام يكون المجعول معلوما بحسب المقدار وانما المجهول وقته ولايوجب ذلك الغرر- بل لو جعل الخيار من حين التفرق الى ما يكمل مع المجلس ثلاثة ايام صح للعلم بمدة الخيار الثابت له الاصلي والجعلي و جهالة كل واحد منهما لا توجب الغرر فتأمل - الثاني فيما افاده بقوله.

بل الحكم بثبوته من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما الخ

فانه اورد عليه المحقق النائيني ره بانه اذا قلنا ان المبدأ من حين انقضاء الخيار من جهة عدم امكان تاثير الشرط في زمان وجود خيار آخر لايلزم هذا المحذور اذا- المانع من التاثير قهري فلا يلزم مخالفة القصد التي لايمكن الالتزام بها (وفيه) ان ذلك خلاف ممشى المصنف ره فان مورد بحثه ما اذا كان الالتزام بكون المبدأ من حين انقضاء الخيار من جهة الانصراف لامن جهة عدم امكان تاثير الشرط في زمان وجود خيار آخر- اذ عليه مع الجهل بخيار المجلس لامحالة يقصد الخيار من حين العقد- فالحكم بثبوته من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما وهو وان لم يكن محذور فيه لوساعدنا الدليل الا انه لفقده لايمكن الالتزام به .

جعل الخيار للاجنبى

قوله قده يصح جعل الخيار لاجنبى قال فى التذكرة الخ الكلام فى هذه المسألة يقع فى موارد (الاول) فى انه هل يصح جعل الخيار للاجنبى املا- وقد استدل للثانى بوجوه.

احدها - ما ذكره المحقق النائينى ره - و هو ان الخيار عبارة عن ردكل مال الى مالكه الاصلى او اقراره فى ملك مالكه الفعلى وهذا ينفذ ممن كان زمام المال بيده واما الاجنبى فاجنبى عنه وبعبارة اخرى وان كان الاصل فى كل حق ان يكون قابلا للاسقاط الا انه ليس كل حق قابلا للنقل الى الغير وعلى فرض كونه قابلا له فليس قابلا للنقل الى كل احد فان حق القسم قابل للتمليك الى الزوج والضرة ولا يقبل التمليك الى الاجنبى فالخيار وان كان قابلا للتمليك الى احدهما الا انه لايقبل التمليك الى الاجنبى.

وفيه ان الخيار عبارة عن حل العقد ولازمه رد كل مال الى مالكه الاصلى مع انه لوسلم كون ذلك معناه لم يدل دليل على اعتبار كون الرد ممن كان زمام المال بيده.وماذكره بعدو بعبارة اخرى غير مربوط بالمقام فانه انما هو فى نقل الحق الثابت له كخيار المجلس ونحوه ومحل الكلام جعل الخيار له ابتداءاً.

ثانيها ماذكره المصنف ره فى مسألة ثبوت الخيار للوكيل واستند بعضهم اليه فى المقام (و حاصله) ان مفاد ادلة الخيار اثبات سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الاخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه و الاجنبى حيث انه لاسلطنة له على ما انتقل الى جاعل الخيار فلامعنى للخيار- ولعل ما افاده المحقق النائينى ره يرجع الى ذلك (فيه) اولا ان الخيار انما يكون سلطنة على حل العقد -وثانيا- انه لوتنزلنا عن ذلك فهو سلطنة على التراد لاخصوص الاسترداد وقدتقدم فى تلك المسألة توضيح ذلك .

ثالثها ماافاده المحقق الاصفهانى ره-وهو ان الخيار بناءاً على تعلقه بالعقد انما يناسب

من له عقد ومن شانه الوفاء به والاجنبى اجنبىعنه وعن الوفاء به ولذا قلنا ان دليل الخيار مخصص لدليل الوفاء بالعقدوانه لايتوجه الا الى من له العقد فدليل الوفاء بالشرط لاقصور له من حيث شموله لكل شرط ـ بل القصورمن ناحية الخيارحيث انه لامعنى له الا بالاضافة الى من له عقد (وفيه) اولا انه لم يدل دليل على كون الخيارثابتا بالخصوص من يكون مامورا بالوفاء بالعقد وماافاده مجرد الاعتبار ـ وثانيا ـ ان المامور به على ماتقدم فى مبحث المعاطاة هو عدم حل العقد ونقضه وليس هو ترتيب الاثار عملا كى لايشمل الاجنبى ـ وعليه ـ فالاية تشمل الاجنبى ودليل الشرط يكون مخصصا لها .

رابعها ماتقله المصنف ره وهوان اشتراط الخيار مخالف للمشروع نظراً الى ان الثابت فى الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ اوبدخول الخيار بالاصل اوبالعارض ـ والجواب عنه ما افاده ره و هو منع اعتبار كون الفسخ من احد المتعاقدين شرعا ولاعقلا بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد اوبالعين وان كان اجنبيا ـ فالاظهر صحة جعل الخيار للاجنبى .

الثانى ان جعل الخيار للاجنبى هل هو من باب التمليك اوالتوكيل اوالتحكيم فقد يقال كما عن المحقق النائينى ره بانه ليس من قبيل التمليك لانه لو كان على نحو جعل الملك فلازمه ارث و ارث الاجنبى عنه لان ما تركه لوارثه ـ ولا من باب التوكيل والا امكن عزله بل هو متوسط بين الملكية و الوكالة نظير التولية على الوقف ـ وهذا هو المراد من التحكيم الذى ذكره الفقهاء ره فى المقام (اقول) يمكن ان يقال انه من قبيل التمليك و جعل الحق له ـ وانما لايرثه وارثه من جهة ضيق مقدار الجعل والمجعول لان المجعول هو حق الخيار للاجنبى بما انه ذو نظر و راى يعتمد عليه فى امر العقد ـ ولايجوز نقله الى الغير لانه حق خاص لايتعداه ـ كما انه يمكن ان يقال انه من باب التوكيل وانما لا يجوز عزله لانه بعنوان الشرط فى عقد لازم اذ الوكالة جائزة بعنوانها و لا ينافى اللزوم اذا وقعت موقع الاشتراط فى ضمن العقد اللازم ـ والظاهر من جعل الخيار للاجنبى كونه من قبيل الاول .

ثم انه هل يراعى المصلحة للجاعل ام لا و جهان قد استدل للاول بانه امين

فيجب عليه مراعاة الغبطة و اورد عليه المصنف ره بان مقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة (اقول) انه كان جعل الخيار من باب التحكيم او التمليك او التوكيل لابد من رعاية غبطة الجاعل۔ اما على الاخير فواضح واما على الاولين فلان جعل الخيار للاجنبى بحسب الغالب انما يكون للوثوق بنظر من جعل له الخيار فالاطلاق وارد مورد الغالب من حيث اعتبار ما يراه صلاحا وعليه فيصح التعليل المذكور فانه تامين بتفويض امر العقد اليه لاجعل الحق له خاصة (الثالث) لو جعل الخيار لمتعدد ـ ففى المتن .

كان كل منهم ذا خيار فان اختلفوا فى الفسخ والاجازة قدم الفاسخ الخ

اقول جعل الخيار للمتعدد يتصور على وجوه (احدها) جعل خيار واحد للمجموع من حيث المجموع (ثانيها) جعل الخيار لكل واحد مستقلا (ثالثها) جعل الخيار للطبيعة المنطبقة على المتعدد ـ وعلى الاول ـ لااثر لفعل واحد منهم مالم يوافقه الاخرون ـ وعلى الثانى يقدم الفاسخ لان مرجع الاجازة الى اسقاط خيار المجيز خاصة ـ وعلى الثالث ـ يقدم فعل المقدم فى فعله اجازة كان ام فسخا .

قوله قده وعن الوسيلة انه اذا كان الخيار لهما واجتمعا على فسخ او امضاء الخ

قد احتمل فى توجيه هذه العبارة وجهان (الاول) ان يكون مراده جعل المتبايعين الخيار لانفسهما بقيد الاجتماع وعليه فان اجتمعا فهو وان خالف احدهما الاخر بطل اى لم يؤثر الفسخ ولا الاجازة (الثانى) ان يكون مراده جعل الخيار لكل واحد مستقلا فقوله ولم يجتمعا ـ اى فسخ احدهما وامضى الاخر بطل اى بطل البيع ـ اى يكون الفسخ مؤثرا ـ اقول يرد على الوجه الاول ان جعل الخيار بالنحو المزبور لغو بعد ان لهما الاقالة .

(قوله قده وان كان لغيرهما ورضى نفذ البيع وان لم يرض الخ) الظاهر ان مراده من الرضا ليس هو اجازة العقد بل المراد الرضا بجعل الخيار و قبوله ـ وعليه فمراده من هذه العبارة ان الاجنبى المجعول له الخيار ان قبل نفذ البيع من ناحية المتبايعين اى ليس للشارط خيار ـ وان لم يقبل فالمبتاع بالخيار لتعذر الشرط ـ وعلى هذا

فلايرد عليه ما عن المختلف بان هذا الخيار ان جعل للاجنبى لم يكن لاحد المبتاعين خيار فان اختار الاجنبى الامضاء نفذ و ان اختار الفسخ انفسخ ولاعبرة بالمتبايعين ـ كما انه لايرد عليه ما فى الحاشية من ان مقتضى كون الخيار للاجنبى كون الامر بيده فلامعنى لكون الامر بيد المبتاع مع فرض فسخه فان منشأ هذين الايرادين توهم كون مراده من الرضا امضاء العقد و اجازته .

قوله قده وفى الدروس يجوز اشتراطه لاجنبى منفردا ولااعتراض عليه و معهما اومع احدهما و لوخولف امكن اعتبار فعله الخ ـ مراده بحسب الظاهر انه لوجعل الخيار للاجنبى مع احدهما اومعهما فان اتفقا على فسخ اوامضاء فهو وان خولف بان فسخ الاجنبى واجاز الاصيل امكن تقديم فسخه اذ لو لم يقدم والمفروض انه لايقدم اجازته لانها لا توجب سقوط خيار الاصيل لم يكن لذكر الاجنبى فائدة ـ وعلى هذا فكلام المصنف قده مؤيد له (ولكن) يرد عليه انه ان كان المجعول خيار او احد لهما عدم تقديم فسخه على اجازة الاصيل لايوجب لغوية ذكره اذ فائدته ح تاثير فسخه فى صورة موافقة الاصيل وان كان المجعول متعددا اقدم فسخه كما هو الشان فى جميع الموارد لا للغوية ذكره ـ لو لم يقدم ـ

جواز اشتراط الاستيمار

قوله قده يجوز لهما اشتراط الاستيمار بان يستامر الخ الكلام فى هذه المسألة يقع فى مقامين ـ الاول فى الحكم الوضعى ـ الثانى ـ فى الحكم التكليفى اما الاول (فتارة) يجعل الخيار لنفسه ويشترط عليه ان لا يختار احد الامرين من الفسخ او الامضاء الا بتعيين المستامر بالفتح (واخرى) يجعل الخيار لنفسه عند امر الاجنبى باحدهما (وثالثة) يجعل لنفسه حق الفسخ عند امر الاجنبى به ولا يجعل شيئاً عند امره بالاجازة (ورابعة) يجعل الخيار للاجنبى ويقيد بان لايباشر اعماله بل يامر العاقد بما يريد ـ ففى الصورة الاولى اذا فسخ قبل الاستيمار او بعده مع امره به او بالاجازة يكون نافذا لفرض ثبوت الخيار له ـ غاية الامر تخلف ما اشترط عليه فى الفرض الاول والثالث ـ وفى الصورة الثانية لا ينفذ

فسخه قبل الاستيمار لعدم ثبوت الخيار له قبله ولكن لواستامر ينفذ فسخه و ان امره بالاجازة -وفي الصورة الثالثة -لاينفذ فسخه قبل الاستيمار- وكذا بعده وامره بالاجازة والامضاء- وفي الصورة الرابعة لاينفذفسخه الابعدامره به لكون الحق للامر والمأمور الة هذافي الفسخ.

واما الاجازة - فان كانت قبل الاستيمار لم تنفذفي الصور الثلاث الاخيرة ونفذت في الاولى ولايخفى وجهه - وان كانت بعدالاستيمار- وامره بالفسخ نفذت في الصورتين الاوليتين ولم تنفذ في الاخيرتين - وان كانت بعده وامره بالامضاء نفذت في جميع الصور ولايخفى وجهه .

واما المقام الثاني - فان كان المشروط ثبوت الحق من دون ان يعمل احدهما عملا ولومعلقا على امر المستامر بالفتح كما في الصورة الثانية والثالثة - لاكلام في عدم وجوب الاستيمار ولا العمل بامره فان غاية ماهناك ثبوت الحق بهذا الشرط فلاملزم له بالاستيمار او الفسخ لوامر به - وان كان المشروط مع ذلك عملا - فتارة يكون ذلك حقا للمستامر على صاحبه خاصة كما في الصورة الاولى لواشترط المستامر بالكسر ان يكون اختياره للفسخ او الامضاء عن امر المستامر- واخرى يكون حقا لصاحبه عليه اما خالصا او بالمشاركة - وفي الفرض الاول لايجب عليه شيء اذلايجب للمشروط له استيفاء شرطه لان الحق له وجازله ان يرفع اليد عن حقه فلوامره بالفسخ له ان لايفسخ - وفي الفرض الثاني يجب عليه العمل بما يامره - وعلى اي حال لايجب الاستيمار - الا اذا اشترط احدهما على صاحبه ان يستامر زايدا على جعل الخيار بعد الاستيمار .

قوله قده فان فسخ المشروط عليه من دون استيمار لم ينفذ الخ قدعرفت ان هذالايتم في الصورة الاولى .

قوله قده لم يكن له الفسخ قطعا الخ هذا يتم في الصورتين الاخيرتين خاصة كما عرفت .

قوله قده فان اقتضى اشتراط الاستيمار ذلك الحق على صاحبه الخ

وفيه ان اشتراط الاستيمار من الطرفين يقتضى سلطنة كل منهما على فسخ العقد اذا اذن الثالث لا سلطنة المطالبة بالفسخ من صاحبه .

قوله قده ثم فى اعتبار مراعاة المستامر للمصلحة الخ الغرض من هذه العبارة بيان الحكم الوضعى وانه هل يثبت حق الخيار للمستامر بالكسر عند اذن الثالث مطلقا او عند اذنه بشرط مراعاته للمصلحة .

بيع الخيار

قوله قده من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه ويقال له بيع الخيار - وهو ان يبيع شيئا و يشترط الخيار لنفسه مدة الخ الكلام فى المقام يقع فى مقامين (الاول) فى بيان ما يستفاد من الاخبار الخاصة (الثانى) فى ما يمكن ان يقع الشرط عليه من الانحاء و بيان احكامها بحسب القواعد .

اما المقام الاول فالنصوص الواردة فى المقام اربعة الاول صحيح (١) سعيد بن يسار قلت لابى عبدالله عليه السلام انا نخالط اناسا من اهل السواد و غيرهم فنبيعهم و نربح عليهم للعشرة اثنى عشر و العشرة ثلاثة عشر و تؤخر ذلك فيما بيننا و بينهم السنة و نحوها و يكتب لنا الرجل منهم على داره او على ارضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى اخذ منا شراءاً قد باع و قبض الثمن منه فنعده ان جاء هو بالمال الى وقت بيننا و بينهم ان نرد عليه الشراء فان جاء الوقت و لم يا تنا بالدراهم فهو لنا فما ترى فى الشراء قال ارى انه لك ان لم يفعل و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه (اقول) ان الشارط على ما هو ظاهره هو المشترى و المشروط له هو البايع و المعلق عليه هو رد الثمن و المشروط رد المبيع و على هذا فليس الالتزام برد المبيع فسخا اذ المشترى ليس له الخيار لان من له الخيار هو البايع بل المتعين اما ارادة الاقالة - او ارادة رد المبيع رد املكيا معاطاتيا -

---

(١) الوسائل - باب ٧ - من ابواب الخيار حديث١

ويحتمل - فيه معنى آخروهواشتراط تحقق البيع فى رأس المدة اذا لم يرد مثل الثمن وكان الواقع فعلا صورة بيع - و يؤيده ان الظاهر من السؤال عدم اخذهم اجرة المبيع من البايع ولو كان البيع حقيقيا كان اللازم الاخذ منه.

الثانى (موثق١) اسحاق بن عمار قال حدثنى من سمع اباعبدالله عليه السلام وسأله رجل وانا عنده فقال رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى اخيه فقال له ابيعك دارى وتكون لك احب الى من ان تكون لغيرك على ان تشترط لى ان انا جئتك بثمنها الى سنة ان ترد على - قال عليه السلام لابأس بهذا ان جاء بثمنها الى سنة ردها عليه الحديث وما استظهر ناه فى الصحيح المتقدم جارهنا - بل هو فى الموثق اوضح (ثم ان) هذا الخبر على ما فى الكافى والتهذيب يكون مرسلا - فانه لم يذكر المخبر لاسحاق - نعم - على ما عن الصدوق يكون موثقا فحجيته محل تامل.

الثالث (خبر٢) معوية بن ميسرة - قال سمعت ابا الجارود يسأل اباعبدالله عليه السلام عن رجل باع داراله من رجل وكان بينه وبين الرجل الذى اشترى منه الدار حاصر فشرط انك ان اتيتنى بمالى مابين ثلاث سنين فالدار دارك فاتاه بماله قال له شرطه وهذا الخبر من حيث السند قابل لان يخدش فيه اذ ابن ميسرة لم يوثق - واما من حيث الدلالة فظاهره شرط النتيجة اما شرط ملكية الدار للبايع عند اعطاء الثمن او انفساخ البيع ولا يبعد دعوى اظهرية الثانى من جهة تعارف رد المبيع بعنوان الانحلال.

الرابع (خبر٣) ابى الجارود عن الباقر عليه السلام ان بعت رجلا على شرط فان اتاك بمالك والافالبيع لك - وهذا الخبر ضعيف سندا واجنبى عن المقام اما ضعفه فلان اباالجارود زياد بن المنذر ضعيف - واما اجنبيته عن المقام فلان ظاهره ارادة ان من باع شيئاً على شرط ولم يعمل المشروط عليه بالشرط يثبت الخيار للبايع (فتحصل) ان مايستفاد من نصوص الباب امران - احدهما - شرط الاقالة او التمليك الجديد-

---

(١و٢) الوسائل - باب٨ - من ابواب الخيار حديث١-٣

(٣) الوسائل - باب ٧من ابواب الخيار حديث ٢

ثانيهما ـ شرط الانفساخ عندرد الثمن لاتعليق الخيارعلى رده .

الانحاء التى يقع الشرط عليها

واما المقام الثانى فالانحاء التى يمكن ان يقع الشرط عليها خمسة :

احدها ان يكون الخيار معلقا على رد الثمن اوموقتا من حيث المبدأ بزمان رد الثمن ـ والفرق بين التعليق والتوقيت انما هوفى مقام الاثبات (وقداورد) على صحة الشرط فى هذه الصورة فى خصوص الاول بالتعليق الممنوع عنه شرعا ـ وفى كليهما بجهالة مدة الخيار من حيث المبدأ لانه لايعلم وقت رد الثمن(ويندفع) الاول بانه لادليل على مبطلية التعليق فى غير العقود(وقديقال)فى مقام اندفاع الثانى بان الجهالة لاتضرهنا لعدم الغرر لان امر الخيار بيده كما عن المحقق الخراسانى (و فيه) ان الغرر اللازم انما هو بالنسبة الى المشترى لانه لايعلم متى يفسخ العقد (وعن) المحقق النائينى الجواب عنه بان الخيار هنا غير مجهول الامن باب الجهل بالمعلق عليه وهويرجع الى اشكال التعليق لاالجهالة (وفيه) ان الجهل بالمعلق عليه يوجب الجهل بمبدأ الخيار وهو يوجب الغرر المبطل مع قطع النظر عن التعليق (فالاظهر) هو البطلان الامع تعيين المدة كتحديده بالرد فى رأس السنة التى هى الصورة الثانية فى كلام المحقق النائينى ره.

ثانيهاان يكون الفسخ معلقا على الرد لاالخياربان يكون الحق ثابتاً من حين العقد متعلقابالفسخ عندرد الثمن ـ ففى الحقيقة ينحل الى شرط الخيارمطلقاوشرط عدم اعماله الاعند رد الثمن والشرط فى هذه الصورة لاكلام فى مشروعيته .

ثالثها ان يكون الرد فسخا فعليا بان يشترط حق الخيار متعلقا بالفسخ برد الثمن ـ فيكون ردالثمن مابه الفسخ ـ وسياتى الكلام فى صحة الفسخ به عند تعرض المصنف ره له فصحة هذا الشرط تتبع صحة الفسخ به.

رابعها ان يكون ردالثمن قيدا للانفساخ بان يشترط انفساخ العقد عندرد الثمن واورد على صحة هذا النحو من الاشتراط (تارة) بان انفساخ البيع بنفسه بدون انشاء

مخالف للمشروع لان المسببات متوفقة على اسبابها الشرعية كما فى المتن (واخرى) بانه من قبيل شرط النتيجة (وثالثة) بانه يلزم منه اما انفساخ البيع بلا سبب واما اقتضاء وجود الشيء عدم نفسه. اذ لو كان اشتراط الانفساخ انشاءاً للفسخ لزم انفساخ البيع بهذا الشرط فلا بيع حتى يشترط فى ضمنه انفساخه برد مثل الثمن - والا كان الشرط الانفساخ بلا سبب وهو مخالف للسنة - كما عن المحقق النائينى ره - وفى الكل نظر (اما الاول) فلان الشرط يكفى فى سببيته للفسخ (واما الثانى) فلما سيأتى فى مبحث الشروط من صحة شرط النتيجة (واما الثالث) فلان الشرط ليس هو انفساخ البيع من حين الشرط كى يرد المحذور الثانى - بل الشرط هو الانفساخ من حين رد الثمن فحين الشرط يكون البيع متحققا ثابتا والشرط لا يقتضى عدمه - هذا كله مضافا الى ما عرفت من دلالة النصوص الخاصة على صحة الاشتراط بهذا النحو.

خامسها ان يكون رد الثمن شرطا لوجوب الاقالة على المشترى او التمليك الجديد - وهذا الاشكال فى مشروعيته وهناك انحاء اخر يظهر حكمها مما ذكرناه.

الثمن المشروط رده لفسخ البيع

(قوله قده الامر الثانى الثمن المشروط رده اما ان يكون فى الذمة الخ

الكلام فى المقام يقع فى موضعين (الاول) فيما اذا لم يقبض البايع الثمن المعلق على رده الخيار من المشترى الى ان اتى رأس المدة (الثانى) فيما اذا قبضه.

اما الموضع الاول - فالكلام فيه انما هو فى ثبوت الخيار وعدمه - وقد بنى المصنف ره المسألة على ان الرد شرط للخيار على تقدير القبض لا مطلقا او ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله - فعلى الاول يثبت الخيار و على الثانى لا يثبت (اقول) لا اشكال فى كون الوجه الاول خلاف الظاهر فان مآله الى كون الخيار مطلقا على تقدير عدم القبض ومشروطا على تقدير القبض وظاهر القضية كونه مشروطا مطلقا - بل المسألة مبنية على ان الرد الذى اخذ شرطا هل هو ماخوذ على وجه الطريقية لوصول الثمن وحصوله عند البايع - ام يكون ماخوذا على وجه الموضوعية فعلى الاول يثبت

الخيار وعلى الثاني لا يثبت ولعل الظاهر المتعارف هو الاول ـ وعلى كل تقدير لو لم يفسخ حتى انقضت المدة لزم البيع .

واما الموضع الثاني فالكلام فيه في موارد (الاول) ما اذا كان الثمن عينا شخصية (الثاني) ما اذا كان في ذمة المشتري (الثالث) ما اذا كان في ذمة البايع ـ اما المورد الاول (فان كان) الشرط رد العين بنفسها فلا شبهة في انه لا خيار مع عدم ردها من غير فرق بين صورة التلف وغيرها وفي التلف بين كونه بفعل البايع او المشتري او الاجنبي او بآفة سماوية (وان كان) الشرط رد العين مع وجودها ورد بدلها مع تلفها ـ فلا كلام ايضا في تحقق الخيار على التقديرين (وان كان) الشرط رد بدلها مع وجودها بالخصوص او بالاطلاق فقد اشكل عليه بان مقتضى الفسخ رجوع كل من العينين الى صاحبها الاصلي فاشتراط رجوع البدل مع بقاء الاصل شرط مخالف لما يقتضيه الفسخ ـ ولذا قطع السيد في الحاشية بالفساد ـ (ولكن) ذلك انما هو فيما اذا قيد الفسخ بالرد ويكون الرد فسخا فعليا وهي الصورة الثالثة من الصور المتقدمة في الامر السابق ـ ولا يتم في باقي الصور ـ من كون الرد مقدمة للفسخ او معلقا عليه الخيار او مقدمة للاقالة او التمليك الجديد اذ الفسخ لا يتحقق به بل يصير المردود في يد البايع بمنزلة المقبوض بالسوم فان فسخ البايع بعد ذلك يرجع الثمن الى المشتري و المرد و دباق في ملك البايع فلهما التراضي على كون كل منهما بدلا عن الاخر (ويمكن) ان يقال ان المعاملة بينهما وهي تملك عين الثمن الراجع الى البايع ببدله الذي احضره انما يتحقق بشرط حصولها في ضمن العقد بلا احتياج الى معاملة اخرى (وان كان) الشرط رد الثمن بنحو الاطلاق من دون تعيين عينه او بدلها فمقتضى الجمود على ظاهر العبارة ان العبرة برد العين فيسقط الخيار بتلفها ولكن لا يبعد دعوى ان المتعارف المنصرف اليه الاطلاق ان المقصود رفع الاعم من العين والبدل .

واما المورد الثاني فالخيار فيه معلق على رد البدل يقينا فان ما في ذمة البايع يسقط بالبيع وصيرورته له فكانه تلف فالمراد برده المشترط رد بدله .

و اما المورد الثالث فقد يقال بان رده اي رد الثمن يتحقق بمثله ايضا كما يتحقق بنفس المقبوض اذ كل فرد من مصاديق الكلي وشرط رد الكلي معناه شرط رد

ماكان مصداقا له كما عن المحقق النائينى ره (وفيه) ان الثمن وان كان هو الكلى فى الذمة الاانه بعداداء فردمنه بما انه اداء للكلى يستقر الثمن على الفرد المقبوض والفرد الاخر بدله لاانه مصداق للثمن فيلحقه حكم العين الشخصية .

قوله قده و فى جواز اشتراط رد القيمة فى المثلى و بالعكس الخ بماذكرنافى شرط رد بدل الثمن فى العين الشخصية يظهر حكم المسألة ،

قوله قده ان الاطلاق لايحمل على العين الخ الظاهر ان مرادهما ان الاطلاق منزل على المتعارف من كون المقصود رفع الاعم من العين والبدل .

الفسخ بالرد

قوله قده الامر الثالث قيل ظاهر الاصحاب بناء على ما تقدم من ان رد الثمن فى هذا البيع عندهم مقدمة الخ الكلام فى المقام ليس فى كفاية الرد فى الفسخ اذاقصد بذلك - بل - البحث فى المقام انما هو فى ان الرد المعلق عليه الخيار - اوالفسخ او الاقالة هل يمكن ان ينشأ به الفسخ ام لا - والكلام فيه فى مقامين (الاول) فى معقولية ذلك فى مقام الثبوت (الثانى) فى الدلالة عليه فى مقام الاثبات .

اما الاول - فعمدة ماقيل فى وجه عدم المعقولية ان الخيار وحق الفسخ انما هو فى رتبة لاحقة على الرد فكيف يحصل به الفسخ - وفيه (اولا) انه لوتم لاختص بوجهين من الوجوه المزبورة وهما الوجه الاول - وهو تعليق الخيار على الرد - والوجه الثالث وهو اشتراط الفسخ بالرد من غيران يكون خيار قبله ولايتم فى ساير الوجوه - اما فى الوجه الثانى فلانه يكون الخيار قبله و ان اشترط ان لايفسخ الابعد الرد وهذا لايوجب عدم تاثير فسخه فى مرتبة مقارنة بل اوسابقة على الرد - واما فى الوجه الرابع فلانه يكون الرد قيدا للانفساخ لاالفسخ - واما فى الوجه الخامس فلان لهما الاقالة اوالمعاملة الجديدة قبل ان يرد الثمن (وثانيا) انه لايتم فان الرد شرط مقارن لحق الخيار فمقارنا للرد يحدث الخيار ويثبت له حق السلطنة على الفسخ وفى ذلك الزمان اذا اعمل خياره له ذلك وبه ينفسخ العقد - ومجرد تقدم الرد على الخيار رتبة لايوجب عدم

المعية فى الوجود التى هى المعيارفى الاسباب والمسببات الشرعية (و بالجملة)حين الرد يثبت الخيار ولمن له الخيار استيفاء حقه فى نفس ذلك الزمان فلامانع من جعله آلة للاعمال (نعم) اذاكان الرد شرطا متقدماصح ما ذكر.

واما الثانى فقد استدل على عدم دلالته على الفسخ بوجهين (احدهما) ان الرد من حيث هو لايدل على الفسخ اصلا (ثانيهما) ان الرد يدل على ارادة الفسخ والارادة غير المراد (اقول) ان الردمن حيث هو وان كان لايدل على الفسخ الا انه مع قصد الفسخ يدل عليه كما ان الاعطاء بنفسه لايدل على التمليك ولكن مع قصده يدل عليه واجاب عنهما المصنف ره بوجوه اخر .

الاول ـ ان الرد بنفسه يدل على الرضا بكون المبيع ملكا له والثمن ملكا للمشترى والفرق بين هذا الوجه وما اخترناه الذى ذكره ايضاً قبل ذلك ان السبب المؤثر فى الوجه المختار الرد بنفسه وفى هذا الوجه ماينكشف به وهى الكراهة الباطنية فالفعل دال على مابه الفسخ لانه هومابه الفسخ (وفيه) ان الفسخ من الانشائيات ولايتحقق بمجرد القصد بل يحتاج الى دال ومظهر خارجى من قول اوفعل (الثانى) ظهور الاخبار فى كفاية رد الثمن فى وجوب رد المبيع (وفيه) انه قد عرفت ان المستفاد من الروايات امران ـ شرط الاقالة اوالتمليك الجديد بعد الرد ـ وشرط الانفساخ عند رد الثمن ـ وبه يظهر ما فى الوجه الثالث الذى ذكره بقوله بل قد عرفت فى رواية معوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن فيحمل على تحقق الفسخ الفعلى به .

مسقطات خيار الشرط

قوله قده يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد العقد على الوجه الثانى من الوجهين الاولين الخ اقول بناءاً على انه لايجوز اسقاط الخيار قبل ثبوته امامنجزا كما هو المختار ـ اوولومعلقا كما ذهب اليه جمع من جهة انه اسقاط لمالايجب ـ يقع الكلام فى انه هل يصح اسقاط هذا الخيار بعد العقد املا ـ لااشكال فى صحته على

الوجه الثاني من الوجهين لتحقق الخيار وثبوته بعد العقد .

واما على الوجه الاول ـ وهو تعليق الخيار على الرد ـ فقد ذكر في وجه صحة اسقاطه وجوه (احدها) مافي المتن وهو ان تحقق السبب وهو العقد يكفي في صحة اسقاط الحق (وفيه) اولا ان الرد ايضاً جزء السبب. وثانيا ـ ان البرهان المذكور لعدم صحة اسقاط مالم يجب لايفرق فيه بين تحقق سببه وعدمه (ثانيها) مافي المتن ايضاً وهو ان المشروط له مالك للخيار قبل الرد ولو من حيث تملكه للرد (وفيه) ان هذا لو تم لاقتضى جواز الاسقاط قبل العقد ايضاً لكونه مالكا لسببه وهو العقد ـ و الفرق بين السبب وهو العقد والشرط وهو الرد والالتزام بكفاية ملك الثاني دون الاول تحكم (ثالثها) ماافاده السيد الفقيه والمحقق النائيني ره ـ وهو ان حق الخيار وان لم يمكن اسقاطه الاان حق الشرط وهو الحق الثابت للمشروط له على المشروط عليه بعد العقد والشرط في ضمنه فعلي وقابل للاسقاط فلايحدث الخيار بالرد (وفيه) ان المشروط ان كان فعلا من افعال المشروط عليه كان لثبوت حق الشرط معنى معقول .وان كان من قبيل النتيجة لامعنى له لانه بنفوذ الشرط يثبت تلك النتيجة ولاحالة منتظرة كي يستحق المشروط له ـ والمقام من قبيل الثاني فان المشروط ثبوت الخيار على تقدير الرد ـ ونفس ذلك ليس من الحقوق الفعلية بل حق تعليقي فتدبر فانه دقيق (فالاظهر) ان حق الخيار على القول بعدم نفوذ اسقاط مالم يجب لايصح اسقاطه قبل الرد وبعد العقد (نعم) لوقلنا بان اسقاط مالم يجب لادليل على عدم نفوذه سوى الاجماع والمتيقن منه عدم تحقق السبب ايضاً امكن ان يقال بصحة اسقاطه في المقام بعد العقد .

قوله قده ولو تبين المردود من غير الجنس فلارد ولو ظهر معيبا كفى في الرد وله الاستبدال الخ وقد اورد عليه المحقق الايرواني ره بان الرد الذي علق عليه الخيار ان كان هو رد خصوص الصحيح لم يكف رد المعيب وكان رده كرد غير الجنس ـ وان كان هو رد الاعم من الصحيح والمعيب لم يكن له الاستبدال وكان المعيب فردا من حقه ـ وان كان رد الاعم شرطا لحدوث الخيار من غير ان يكون الفرد المدفوع هو المتعين للعوضية فسخ العقد برده ثم اخذه واعطى مكانه الصحيح ـ كان

ذلك خلاف ظاهر ماهو المتد اول من البيع الخيارى ـ مع انه جاز تعليق الخيار على رد غير الجنس على هذا الوجه ايضاً ـ فلا فرق بين رد المعيب والخارج عن الجنس فى كل صوره وفروضه (وفيه) ان هناك شقارابعا وهو المتعارف ـ وهو تعليق الخيار على رد كلى مثل الثمن الشامل للمعيب ايضاً ـ مع اشتراط كونه صحيحا ضمنا ـ فالمعيب مصداق لما علق عليه الخيار وانما له الاستبدال من جهة انه فاقد للوصف المشترط فله المطالبة بتلك الخصوصية وهى لايمكن ادائها الابالتبديل ـ وهذا بخلاف ماالورد من غير الجنس فانه ليس مصداقا لماعلق عليه الخيار .

التصرف فى الثمن المعين مسقط

قوله قده ويسقط ايضاً بالتصرف فى الثمن المعين الخ محل الكلام فى المقام ذوقيود (الاول) ان يكون الخيار فعليا واعماله معلقا على الرد اوكون الخيار معلقاعليه (الثانى) ان يكون المشروط رد الثمن المعين لامثله والالم يكن التصرف فيه مسقطا بلاكلام اذلايكون التصرف ح كاشفا عن الرضا بلزوم العقد لعدم المنافاة بين فسخ العقد وصحة هذا التصرف (الثالث) ان يكون التصرف مسقطاللخيار مطلقا لافى خصوص خيار الحيوان للنص ـ وعلى هذا فمحل الكلام صورتان .

احداهما ـ مااذاكان الخيار فعليا واعمالهمعلقا على رد الثمن ـ لاينبغى التوقف فى مسقطية التصرف فى هذه الصورة ـ وماذكروه من الوجوه الثلاثة لعدم مسقطية التصرف لهذا الخيار وهى ـ منافاة ذلك لمشروعية الخيار لانتفاع البايع بالثمن ـ وموثق اسحاق المتقدم ـ وان التصرف المسقط ماوقع فى زمان الخيار ولاخيار الابعدالرد ـ لا يجرى شيء منها فى هذه الصورة (اما الاول) فلان المفروض فى هذه الصورة تعلق الغرض برد عين الثمن فلا يكون الغرض الانتفاع بعينه (واما الثانى) فلان مورد الموثق شرط رد مثل الثمن لاعينه (مع) انه قدمر عدم كون مورده بيع الخيار بشرط رد الثمن (واما الثالث) فلان الخيار فى هذه الصورة ثابت من حين العقد .

ثانيتهما مااذاكان الخيار معلقا على الرد ـ فقد ذكر فى وجه عدم مسقطية التصرف

له - الوجوه الثلاثة المشار اليها آنفا - وقد ظهر جواب الاولين منهما. واما الثالث - فقد (اجاب) عنه المصنف ره بان المستفاد من النص والفتوى ان التصرف مسقط فعلى كالقول يسقط الخيار به فى كل مورد يصح اسقاطه بالقول وقد تقدم جواز الاسقاط قولا قبل العقد (وفيه) ماتقدم من عدم جوازه على القول بعدم جواز اسقاط الخيار قبل مجىء زمانه - نعم - على القول بجواز اسقاط الخيار قبل مجيئه معلقا امكن البناء على مسقطية التصرف الذى يكون كاشفا عن الرضا والالتزام بسقوطه فى فرض مجيىء زمانه - هذا كله فى الكبرى (واما الصغرى) فالظاهر ان بيع الخيار المتعارف بين الناس كما يظهر من الروايات هو البيع بشرط الخيار برد مثل الثمن لاعينه وهو الموافق لبناء هذه المعاملة على التصرف فى الثمن - كما ان الظاهر كون المتعارف بين الناس تعليق اعمال الخيار على الرد لانفسه .

قوله قده والمحكى عن المحقق الاردبيلى وصاحب الكفاية ان الظاهر عدم سقوط هذا الخيار الخ ان كان مرادهما - ان التصرف لايسقط هذا الخيار فيما هو المتعارف بين الناس من هذه المعاملة تم ماافاداه كما عرفت - وان كان مرادهما عدم مسقطيته لهذا الخيار اصلا كما يظهر من قول المحقق الاردبيلى انه شرع لانتفاع البايع بالثمن الخ فيرد عليهما ماتقدم من مسقطيته له فى بعض الصور - فكلام المصنف ره ايراد عليهما لاتاييد كما افاده المحقق النائينى ره .

قوله قده والمحكى عن العلامة الطباطبائى فى مصابيحه الرد على ذلك بما محصله ان التصرف المسقط الخ حاصل ايراده ان التصرف يسقط الخيار اذا وقع فى زمان الخيار - وماقبل الرد ليس زمان الخيار - والخيار وان كان مقدورا فى المدة المشروطة للقدرة على سببه الا ان التمكن منه لايقتضى الفعلية والحكم منوط بالفعلية دون القوة مع ان القوة غير مطردة اذ لو اشترط الخيار لورد فى وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلا لا خيار هناك لا بالفعل و لا بالقوة (اقول) ما افاده ان تم فانما هو فى غير بيع الخيار المتعارف بين الناس وهو تعليق اعماله على الرد مع ان تماميته فيه ايضاً محل كلام كما تقدم - وقدمر مافى جواب المصنف ره عنه.

قوله قده و ناقش بعض من تاخر عنه فيماذكره من كون حدوث الخيار بعدالرد الخ محصل كلام صاحب الجواهر فى ردمافى المصابيح امور ثلاثة (الاول) ان تعليق الخيار على الرد موجب لجهالة مبدئه (الثانى) انه خلاف فهم اهل العرف لانهم يفهمون من هذا الشرط جعل الخيار فى طول المدة (الثالث) ان المنقول من الشيخ ره عدم ثبوت الملك فى زمان الخيار ـ ورده الاصحاب ببعض نصوص (١) الباب الدال على ان غلة المبيع للمشترى ولولا كون ذلك مدة الخيار لم يصح هذا الرد فيستكشف من ذلك انهم فهموا من هذه النصوص ان مجموع المدة ظرف للخيار (اقول) اما الوجه الاول فقد عرفت فى اول مبحث خيار الشرط تماميته وان ماذكر فى جوابه لايتم ـ واما الوجه الثانى ـ فقد عرفت آنفاتماميته ـ واما الوجه الثالث ـ فقد اجاب عنه المصنف ره بانه لعل الاصحاب فهموا من كلام الشيخ ان مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار ولو منفصلا فتامل ـ وبما ذكرناه ظهر موارد الرد والقبول من كلمات المصنف ره .

حكم تلف المبيع

قوله قده الخامس لو تلف المبيع كان من المشترى سواء كان قبل الرد او بعده الخ الكلام يقع فى مقامين ـ الاول ـ فى حكم تلف المبيع ـ الثانى ـ فى حكم تلف الثمن.

اما المقام الاول فلا كلام فى ان التلف يكون من المشترى سواء كان قبل الرد ام بعده ـ وانما الكلام فى انه هل يسقط خيار البايع ام لا ـ وفيه ـ اقوال (الاول) السقوط مطلقا (الثانى) عدمه كك (الثالث) التفصيل بين ماقبل الرد ومابعده والسقوط فى الاول دون الثانى ـ اختاره فى الجواهر .

واستدل للاول ـ بوجهين (احدهما) ان الخيار متعلق بالعين فمع تلفها يسقط الخيار لانتفاء الموضوع (وفيه) انه متعلق بالعقد وهو ملك حل العقد ولا مانع من

---

(١) الوسائل ـ باب ٨ ـ من ابواب الخيار حديث ١

ثبوته بعد تلف العين و هذا مضافا الى انه محقق فى محله نفس تشريع بيع الخيار اقوى شاهد له فانه انما يكون المتعارف فيه التصرف فى الثمن بالنقل والاتلاف ومع ذلك يكون الخيار باقيا (ثانيهما) ان الغرض من البيع الخيارى نوعا هو ان يصون البايع ماله بماله من الخصوصية العينية فلامحالة يشترط ارتجاع المبيع عند رد الثمن فمع تلف العين يسقط الخيار (و فيه) ان المتعارف فى هذه المعـاملة هو ان الغرض صون البايع ماله من التلف بماله من المالية من دون غرض له فى الخصوصية العينية والعين وجودا و عدما عنده على حد سواء و لو كان فى مورد غرض شخصى متعلق بالعين يشترط ذلك على المشترى صريحا وبما ذكرناه ظهر وجه عدم السقوط

و اما القول الثالث ـ فغاية ما ذكره صاحب الجواهر ره فى وجهه ـ ان التلف بعد الرد حيث انه فى زمن الخيار فله ح الفسخ ثم الرجوع الى المثل او القيمة واما التلف قبل الرد فحيث انه ليس فى زمان الخيار كى يستحق الرجوع عليه فيتجه سقوط الخيار (وفيه) انه ان كان نظره قده الى قاعدة ـ التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له ـ فيرد عليه ان مقتضاها الانفساخ لاثبوت حق الفسخ (مع) انه لو دلت القاعدة على ذلك كان مفادها ثبوت الخيار للبايع من هذه الجهة ايضا وهذا لاينافى ثبوته له قبل الرد من جهة اخرى (مع) ان تلك القاعدة انما هو فيما لو تلف عند من انتقل اليه فى زمان خياره وهنا يتلف عند المشترى الذى لاخيار له (مضافا) الى انه فى جواب المصابيح التزم بان قبل الرد ايضا يكون الخيار ثابتا ـ وان كان نظره الى غير تلك القاعدة فعليه البيان ـ فالاظهر عدم السقوط مطلقا.

قوله قده ثم انه لاتنافى بين شرطية البقاء وعدم جواز تفويت الشرط الخ

وجه التنافى انه اذا كان الخيار معلقا على بقاء العين وكان ذلك شرطا فهو من قبيل المقدمة الوجوبية وهى لاتكون واجبة فكيف حكموا هنا بعدم جواز اتلاف العين والجواب عنه انه انما يلتزم بذلـك من جهة ان هناك شرطين ـ احدهما ـ شرط الخيار على تقدير رد الثمن ـ ثانيهما ـ شرط الابقاء ليتمكن من استرداد العين .

حكم تلف الثمن

واما المقام الثانى وهوما لو تلف الثمن فالكلام فيه فى موضعين ـ الاول ـ فى ان تلف الثمن من البايع او المشترى ـ الثانى ـ فى سقوط الخيار وبقائه اما الموضع الاول ـ فان كان التلف بعد الرد وقبل الفسخ فمقتضى القاعدة كونه من البايع لانه مملوك له وتكون يد المشترى امانية وقد استدل لكونه من المشترى بقاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لاخيار له (وفيه) ان مورد نصوص (١) تلك القاعدة خيار الحيوان والشرط مع كون التالف هو المبيع ـ والتعدى الى غيرهما والى تلف الثمن يحتاج الى دليل مفقود .

قوله قده واستظهره من رواية معوية بن ميسرة المتقدمة ولم اعرف وجه الاستظهار الخ الظاهر ان وجهه جعل نماء الثانى فى قبال تلف المبيع فكما ان الثانى من مالكه فكذلك الاول وهذا يكشف عن ان النماء كالتلف والبايع كالمشترى والثمن كالمثمن ـ لكنه كما ترى.

قوله قده وانما المخالف لها هى قاعدة ان الخراج بالضمان اذا نضمت الى الاجماع الخ (وفيه) اولا ان سند ماتضمن (٢) القاعدة ضعيف للارسال وجبره بالعمل غير معلوم ـ كما بيناه فى الجزء الثانى عشر من هذا الشرح فى مسالة المقبوض بالعقد الفاسد ـ وثانيا ـ ان محتملات هذه العبارة كثيرة اظهرها ان المراد بالضمان المعنى المصدرى مع امضاء الشارع له فتختص بالعقود المعاوضية الصحيحة وهذا هو الذى فهمه المشهور منها فهى اجنبية عن المقام ـ مع انه سيأتى فى احكام الخيار ان قاعدة التلف فى زمان الخيار حاكمة عليها و بما ذكرناه ظهر حكم تلف الثمن قبل الرد وانه من البايع .

---

(١) الوسائل باب ٨ و٥ من ابواب الخيار

(٢) صحيح الترمذى ج ٥ ص ٢٨٥ ـ وسنن ابى داود ج ٢ ـ ص ٢٥٥ ـ والمبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان .

قوله قده وفيه مع ما عرفت من منع المبنى منع البناء فان دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه هو تزلزل البيع الخ محصل ما افاده انه ان كان الخيار ثابتا قبل الرد فلاريب فى كونه مشمولا لقاعدة التلف فى زمان الخيار وهى تدل على انه من المشترى . والافحيث ان البيع متزلزل ولو بواسطة الخيار المنفصل فتشمله القاعدة ايضا كما هو مقتضى اخبار المسألة والظاهر ان نظره الشريف الى مافى نصوص الباب من قوله(١) عليه السلام حتى يمضى شرطه بدعوى شموله لما اذاكان البيع فى معرض حدوث الخيار والا فموردها خيار الحيوان المتصل بالعقد -وهو كما ترى. فالاظهر كونه من البايع فى الصورتين-واما الموضع الثانى فان كان الشرط رد عين الثمن فان كان التلف قبل الرد سقط الخيار لعدم امكان رده والافهو باق -كان الشرط رد مثل الثمن اوكان التلف بعد الرد ووجهه واضح .

ردالثمن الى الوكيل اوالولى

قوله قده الامر السادس لااشكال فى القدرة على الفسخ بردالثمن على نفس المشترى اوبرده على وكيله المطلق اوالحاكم الخ موردالبحث فى هذا الامر ما اذالم يعلق الخيار على ما يشمل الرد الى غير المشترى من الوكيل اوغيره والا فلاريب فى الكفاية بل لوعلق الخيار على الالقاء فى البحراوالوضع فى مكان مخصوص ثبت الخياربذلك (كما انه) ليس مورد البحث مالوعلق الخيارعلى الردالى خصوص المشترى بنحوالتقييد - اذلاريب ح فى عدم الكفاية وانه لوامتنع الرداليه سقط الخيار لتعذر شرطه (بل) مورد البحث مالوعلق الخيارعلى الرد الى خصوص المشترى لابنحو التقييد بل الرد اليه فقط يكون ثابتا بالقصر الذاتى لا بلحاظه بما هو مشترفقط .

اذا عرفت هذا فاعلم انه يقع الكلام فى هذا الامرفى موارد - الاول - فى انه

---

(١)الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار

هل يكفى الرد الىوكيل المشترى املا (الثانى) فى كفاية الرد الى الحاكم الشرعى وعدمها(الثالث) فى انه اذا كان المشترى هو الاب واشترى للصغير هل يكفى الرد الى الجد املا(الرابع) فى انه اذاكان المشترى هو الحاكم الشرعى و اشترى و لاية هل يكفى الرد الى حاكم آخراملا (الخامس) فى انه اذا اشترى شخص فمات هل يكفى الردالىوارثه املا .

اما المورد الاول ـ فان لم يكن وكيلا فى قبض الثمن لااشكال فى عدم الكفاية وان كان وكيلافيه ـ فقد يقال كما عن المحقق النائينى ره وغيره ان عموم دليل الوكالة على فرض اطلاق الوكالة لماله وعليه كما هوالمفروض فى المقام يدل على ان قبض الوكيل قبض الموكل فاذا كان قبضه قبض الموكل يشمل الاطلاق الرد اليه (اقول) ان كـان المعلق عليه الخيـار قبض الموكل بما هو فعل من افعاله صح ذلك واما انكان المعلق عليه احضار البايع الثمن عند المشترى لم يصلح دليل الوكالة للتعميم من هذه الجهة فان معنى التوكيل الاستنابة فيما هو من وظائف الموكل ويكون تحت اختياره وسلطانه ولاتقتضى الوكالة تنزيل ذات الوكيل منزلة ذات الموكل ولاتنزيل صفاته منزلة صفاته فليس رد البايع اليه واحضار الثمن عنده رد اللثمن الى الموكل واحضار الديه فلايكون ذلك كافيا ـ ولعله ـ الى هذا نظر السيد الفقيه ره حيث قال ان عموم دليل النيابة لايجعل الرد الى الوكيل رداًاليه .

واما الموردالثانى ـ فقد استدل المحقق النائينى ره للكفاية بعموم دليل(١) ولاية الحاكم (اقول)ان ولاية الحاكم ان كانت من جهة ولايته على الغائب لايشمل دليله المقام فان موردها مال الغائب والغائب لامال له فى المقام قبل الرد فانه للبايع لاالمشترى ـ وان كانت من جهة ولايته على الممتنع فلابد من التفصيل المتقدم ـ فان دليل الولاية يدل على ان للحاكم تصدى ما هو فعل الممتنع ـ وعليه ـ فان كان المعلق عليه الخيار قبض المشترى بما هو فعله كان مقتضى عموم دليل الولاية ان

---

(١) راجع الجزء الثالث عشر من هذا الشرح ـ مبحث ولاية الحاكم

للحاكم ذلك وان فعله بمنزلة فعله ـ وان كان المعلق عليه احضار البايع الثمن عندة لم يكف دليل الولاية فانه ليس هناك فعل امتنع المشترى عنه كى يكون للحاكم الولاية عليه ـ هذا بناءاً على شمول دليل الولاية للامتناع الاضطرارى والا لم يكف فى الفرض الاول ايضاً .

واما المورد الثالث فالاظهر عدم الكفاية مطلقا حتى فى مورد قيام الحاكم والوكيل مقامه فان دليل ولاية الجد انما يدل على ولايته فى عرض ولاية الاب بخلاف دليل نيابة الوكيل وولاية الحاكم فلايقام الجد مقام الاب ولايكون فعله فعله وعليه فان كان الشرط الرد الى الاب بما هو ولى كفى الرد الى الجد لكنه خارج عن فرض المسألة ـ وان كان هو الرد الى الاب بما هو لم يكف الرد الى الجد قطعا (وما) افاده المحقق النائينى ره من انه يكفى ـ لولاية كل منهما على الطفل فقبض كل منهما قبض الطفل (غريب) فان المعلق عليه ليس قبض الطفل بل قبض الاب الذى هو المشترى.

واما المورد الرابع ـ فقد استدل المصنف ره للكفاية فيه ـ بان قبول الحاكم الاخر و تملكه ليس مزاحمة للحاكم الاول كى لايجوز ثم قال لكن الاظهر انها مزاحمة عرفا (و استدل) المحقق النائينى ره لعدم الكفاية بانه بتصرف الحاكم الاول ووضع يده عليه خرج مال الطفل عن المال الذى لاولى له فليس للحاكم الاخر التصرف فى هذا المال (اقول) ان هذه الكلمات اجنبية عما هو محل البحث فان مورد البحث كفاية رد البايع الثمن الى الحاكم الاخر مع اشتراط الرد الى الحاكم المشترى نفسه ولاريب فى انه ليس له ذلك لعدم ولايته على الحاكم الاخر ـ نعم اذا كان الشرط الرد الى الحاكم كفى ـ فتدبر حتى لاتبادر بالاشكال .

واما المورد الخامس فالاظهر عدم الكفاية فان الرد الى الوارث ليس رداً الى المورث الذى علق عليه الخيار (وما) افاده المحقق النائينى ره بان الوارث ينتقل اليه المال على نحو تعلق حق المورث البايع اليه فالرد اليه كالرد الى مورثه (غير تام) فان ما افاده يتم فى ورثة البايع ـ والكلام انما هو فى ورثة المشترى .

قوله قده لان الظاهر من الرد الى المشترى حصوله عنده و تملكه له الخ

قد عرفت انه على هذا لايكفى فانه لايشمله عموم دليل الولاية .

قوله قده مدفوعة بان هذا ليس تصرفا اختياريا الخ الاولى ان يجاب عنه بان المفروض ما اذاكان اطلاق الوكالة لماله وعليه .

قوله قده غاية الامروجوب دفعه الخ لاوجوب تكليفى فى المقام ولعل المراد به الوجوب الشرطى .

فسخ بعض المبيع بردمايخصه من الثمن

قوله قده الامر السابع اذا اطلق اشتراط الفسخ بردالثمن لم يكن له ذلك الابرد الجميع الخ اقول لاكلام فى انه لواطلق اشتراط الفسخ برد الثمن ليس له الفسخ الابرد الجميع - كما لاكلام فى انه لواشترط الفسخ فى الجميع برد بعض الثمن له ذلك - انما الكلام فى انه لواشترط الفسخ فى كل جزء برد مايخصه من الثمن - والكلام فيه يقع فى موردين - الاول - فى صحة هذا الشرط وفساده - الثانى - فى انه على فرض فسخ البعض لوقلنا بصحة هذا الشرط هل يثبت للمشترى الخيار ام لا .

اما المورد الاول - فقد استدل للفساد بوجهين (احدهما) ماعن المستند وهو ان شرط الخيار فى نفسه شرط مخالف للسنة وانما التزمنا به للاجماع والنصوص(١) الخاصة ومورد النصوص شرط الخيار بالفسخ فى الجميع والتعدى يحتاج الى دليل مفقود - والمتيقن من الاجماع غير المقام (وفيه) ما تقدم مفصلا من انه ليس شرطا مخالفا للسنة و انه يصح على القاعدة (ثانيهما) ان الالتزام العقدى امر بسيط فاما ان يجعل للمشروط له تمام الالتزام واما يبطل - وبعبارة اخرى انه غير قابل للتبعيض (وفيه) ان الالتزام وان كان واحدا واذا لم يجعل الخيار بهذا النحو كان جميع اجزاء الملتزم به متحد الحكم ولا يجوز الفسخ فى البعض واما اذا جعل له الخيار بهذا النحو فالالتزام المزبور ينحل الى الالتزام بكون كل جزء من المبيع فى

---

(١) الوسائل باب ٧ - من ابواب الخيار

مقابل كل جزء من الثمن بلا ربط له بساير الاجزاء فكانه التزامات عديدة - وعليه فلامانع من فسخ البعض دون البقية - فالاظهر صحةهذا الشرط .

واما المورد الثانى - فان كان المجعول ردكل جزء مستقلا ولولم يرد البقية لاخيار للمشترى قطعا فانه الذى اقدم على ذلك - وان كان رد الكل بهذا النحو - فمادام لم تخرج المدة وكانت باقية لاخيارله فان المشترى اقدم على الفسخ تدريجا واماان خرجت المدةفلم يفسخ الكل بل فسخ البعض فحان كان جعل الخيار له بهذامنوطا برد الثمن بتمامه تدريجا - كشف ذلك عن بطلان ما فعله من الفسخ لعدم حصول المعلق عليه - وان لم يكن منوطا به بل شرط فى ضمن هذا الجعل ان يفسخ الجميع كان للمشترى خيارتخلف الشرط وعلى اى حال لاوجه لثبوت خيارالتبعيض الذى افاده المصنف ره - واضعف منهالالتزام بثبوتهوان لم تخرج المدة .

قولهقده بل بجزء غيرمعين الخ لايقال انهيبطلح للجهل بالجزء غيرالمعين (فانه يقال) ان هذا الجهل لايوجب الغرر المبطل بعد ضبط مدة الخيارمن حيث المبدأ والمنتهى - اذلاريب فى صحة جعل الخيارمع عدم التعليق على ردالثمن فاذا لم يكن اصله معتبرالم يكن وجه لاعتبار تعينه .

قوله قده الامر الثامن كما يجوز للبايع اشتراط الفسخ بردالثمن الخ الكلام فى صحة هذا الشرط هوالكلام فى صحة شرط الخيار برد المبيع فىجميع الصور الخمس اوالست المتقدمة مع جميع فروعه فلاوجه للاعادة .

قوله قده فتأمل الخ الظاهر انه اشارة الى ما ذكره .

قوله نعم لواشترط رد التالف بالمثل فى القيمى الخ اذ كما ان مرجع هذا الاشتراط الى اشتراط الايفاء ولايكون منافيا لحقيقة الفسخ - كذلك اشتراط رد البدل مع وجود العين فان مرجعه الى اشتراط تملك البدل بدلا عن العين المرجوعة بمقتضى الفسخ .

فی جریان خیار الشرط فی العقود الجائزة

قوله قده مسألة لا اشكال ولا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع وجريانه في كل معاوضة لازمة الخ الكلام في هذه المسألة يقع في مقامات - الاول - في العقود الجائزة - الثاني - في الايقاعات - الثالث - في العقود اللازمة .

اما الاول- فظاهر الشرايع والارشاد والدروس وتعليق الارشاد ومجمع البرهان والكفاية دخول خيار الشرط فيها - وتوجيه المصنف كلماتهم بان مرادهم العقود اللازمة لاوجه له اذلم يذكروجهاله سوى ان هذه العبارة التي في هذه الكتب ذكرها في التحرير بعد مامنع من الخيار في العقود الجائزة وهو كماترى - وكيف كان فقد استدل لعدم الجريان في مقابل عموم مادل (١) على نفوذكل شرط وصحته - بوجوه (منها) انه من قبيل تحصيل الحاصل فان السلطنة على الفسخ فيهاثابتة دائماولاتنفك عنهاولاتسقط بالاسقاط(وفيه)ان الثابت بالشرط فرد آخر من السلطنة دون ماهومن لوازمها (ومنها) انه يلزم اجتماع المثلين - وقد تقدم الجواب عن ذلك في خيار الحيوان (ومنها) لزوم اللغوية فانها جائزة ذاتافجعل الخيار فيها لغوراسا (وفيه) ان هذه السلطنة المجعولة غيرماهو من لوازم العقد وثابت فيها - فان تلك السلطنة غيرقابلة للمصالحة والاسقاط والارث - وهذه قابلة لتلك فيمكن ان ينقلها الى غيره بالصلح ونحوه ويرثها وارثه - فالاظهر صحة جعل الخيار فيها (ثم ان) هذه الوجوه لو تمت فانما هي في جعل الخيار للعاقدواما جعله للاجنبي فلايجرى شيء منها فيه (ثم ان) المحقق النائيني ره ذكران العقود الاذنية كالوكالة لايجرى فيها الخيار لوجه آخر- وهوان اطلاق العقد عليها انما هولكونها واقعة بين اثنين والافنفس حقيقتها متقومة بالاذن المحض والرضا الصرف (وفيه) ان مجرد ذلك لايمنع من جعل الخيار بعد كون هذا الاذن والرضا بعنوان العقد والالتزام وله آثارغير ماهو مترتب على الاذن المحض .

---

(١) الوسائل - باب ٦ من ابواب الخيار وباب ٤- من ابواب المكاتبة

جريان الخيار فى الايقاعات

واما المقام الثانى ـ وهو انه هل يثبت هذا الخيار فى الايقاعات ام لا ـ وقد استدل لعدم دخول ذلك فيها بوجوه :

منها ان المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبه عليه جملة من الاخبار والايقاع انما يقوم بواحد (وفيه) ان الشرط متقوم بامرين مشروط له ومشروط عليه وهذا غير كون مورده ومحله متقوما بامرين فلو سلم احتياج الشرط الى القبول فانما هو محتاج الى قبول الشرط لا قبول محله ومورده :

ومنها الاجماع الذى ادعاه فى المبسوط على عدم دخوله فى الطلاق والعتق والذى ادعاه فى المسالك على عدم دخوله فى الابراء (وفيه) انه مضافا الى كونه اخص من المدعى ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم (ع).

ومنها ـ ما فى المتن ـ وهو منع صدق الشرط وانصرافه عما هو فى ضمن الايقاع (وفيه) ان غاية ما يثبت بالدليل خروج الشروط الابتدائية عن تحت ادلة الشروط اما تخصيصا او تخصصا ـ واما لزوم كونه فى ضمن التزامين وعدم كفاية ما هو فى ضمن التزام واحد فمما لم يدل عليه دليل بل النصوص الاتية تدل على عدم لزوم ذلك.

ومنها ما فى المتن ايضا ـ وحاصله ـ ان دليل الشرط انما يدل على ايجاب ما هو سائغ فى نفسه ـ ومشروعية الفسخ لا بد لها من دليل وقد وجد فى العقود من جهة مشروعية الاقالة وثبوت خيار المجلس والحيوان فيها ولم يثبت ذلك فى الايقاعات (وفيه) انه لم يثبت مشروعية الفسخ فى العقود اى الفسخ الذى يجعل للمشروط له بل الثابت عدمها قبل الشرط ومشروعية الاقالة والفسخ بسبب خيار المجلس او الحيوان لا توجب مشروعية الفسخ بسبب آخر مع انها غير ثابتة بالاضافة الى الاجنبى ويصح جعل الخيار له .

ومنها ما افاده المصنف ره فى آخر كلامه (وحاصله) اناطة دخول الشرط بصحة التقايل فيكون الالتزام فى ضمن العقد مثلا بمنزلة رضا المتعاقدين بعده ـ فاذا كان تراضيهما بعد العقد كافيا فى الانحلال ـ كان الالتزام به فى ضمن العقد كافيا فى تسلط

المشروط له على حله والافلا (و فيه) ان اعتبار كون الالتزام بمنزلة التراضى بعد العقد لايكون من منشآت الشارط ولم يدل دليل على كونه كذلك بحسب الجعل الشرعى فلا وجه له .

ومنها ان دليل الشرط خصص بمادل على عدم نفوذ ماخالف الكتاب والسنة وشرط الخيار فى الايقاع ان علم كونه مخالفا للسنة من جهة كون لزومه حكميا لاحقيا فهو والا فالنتيجة نتيجة ثبوته فى عدم جواز شرط الخيار - لعدم جواز التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية -(وفيه) انه سيجىء فى محله انه فى موارد الشك مقتضى اصالة عدم المخالفة البناء على شمول العموم لها .

ومنها ان الخيار ملك الفسخ والحل ولا حل الا بين امرين مرتبطين فلا يعقل فى الايقاع الذى هو التزام واحد (وفيه) ان الفسخ رفع الامر الثابت كان واحدا ام متعدداً

ومنها ماافاده المحقق النائينى ره وحاصله ان الايقاع حيث انه اذا انشأ يوجد المنشأ ولا يتوقف على القبول فالشرط الواقع بعده امايرجع الى الشرط الابتدائى لولم ينط المنشأ به واما الى تعليق المنشأ الذى هو باطل لوانيط اصل المنشأ به.واما الى تخصيص المنشأ بخصوصية وعلى اى تقدير فهو خارج عن الالتزام فى ضمن الالتزام الذى هو محل الكلام وهذا بخلاف العقود فانه يعقل فيها اناطة المنشأ به بحيث يصير الشرط ضميمة لاحد العوضين (وفيه) انه فى العقود لايناط المنشأ به بهذا المعنى ولذا لايرد من العوض بمقدار مايقابل به الشرط - وسيأتى فى باب الشروط بيان حقيقة الشرط وانه امر يوجد فى العقد والايقاع بلاتفاوت بينهما.فتحصل ان الاظهر صحة شرط الخيار فى الايقاع الاماخرج بالدليل ويشهد له مضافا الى ذلك النصوص(١) الواردة فيمن يعتق عبده اوجاريته ويشترط عليه العمالة اوالخدمة.

جريان الخيار فى غير البيع من العقود اللازمة

واما المقام الثالث وهو جريان الخيار فى العقود اللازمة-فملخص القول فيه -

---

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب كتاب العتق

انها على اقسام ـ الاول ـ ما ادعى انه لايدخله شرط الخيار اتفاقا ـ الثاني ـ مااختلف فيه الثالث ـ مايدخله اتفاقا.

اما القسم الاول ـ فهو النكاح ـ وقد استدل على المنع فيه بوجوه (احدها) ـ ماذكره المصنف ره في المقام وهو توقف ارتفاعه شرعا على الطلاق (وفيه) انه لو كان دليل الطلاق دالا على عدم ارتفاعه ولو بنحو رفع علقة النكاح من دون انشاء البينونة والفرقة بغير الطلاق اما بالمنطوق او بالمفهوم كان ماافاده متينا جدا ولكن حيث انه لايدل على ذلك فلا يصح هذا الاستدلال (ثانيها) ماافاده المصنف ره ايضاً وهو عدم مشروعية التقايل فيه ـ وقد تقدم تقريبه مع جوابه (ثالثها) ما افاده صاحب الجواهر ره وهو ان فيه شائبة العبادة التي لاتقبل الخيار (وفيه) انمجرد ذلك لايكفي لكونه عبادة لايجري فيها الخيار فانه لايعتبر فيه القربة قطعا (رابعها) ماعن الجواهر ايضا ـ وهو ان اشتراط الخيار فيه يفضي الى ابتذال المرئة و هو ضرر لها ـ (وفيه) انه مع اقدامها عليه لايوجب دليل نفي الضرر نفيه (خامسها) ان شرط الخيار مناف للدوام المعتبر في النكاح الدائم فهو شرط مخالف لمقتضى العقد (وفيه) ان الخيار لاينافي الدوام فانه رفع للموجود لا توقيت له في البيع ولذا في البيع لااشكال في صحة شرطه مع انه ايضا انشاء للملكية الدائمة (سادسها) انه شرط مخالف للسنة لان لزوم النكاح حكمي لاحقي ولا اقل من الشك في ذلك فلا يجوز التمسك بالعام (وفيه) انه لم يثبت كونه كك وقدمر ان الشك في ذلك يكفي في التمسك بالعام لاصالة عدم المخالفة ـ فالاظهر انه لادليل على المنع سوى الاجماع المدعى في كلمات غير واحد ولابأس به .

واما القسم الثاني فمنه الوقف فقد استدل للمنع فيه بوجوه (منها) انه يشترط القربة فيه ـ وما كان لله لايرجع ـ والمصنف اورد عليه بمنع الكبرى ـ واورد عليه السيد قده و تبعه المحقق الايرواني ـ بانه قده سيعترف بصحة الكبرى في الصدقة ولكن يمكن ان يقال ـ انما ذكره في المقام لاينافي مع ما ذكره في الصدقة فانه

يسلم دلالة النصوص (١) المتضمنة لذلك المضمون على اللزوم غير القابل للفسخ الا ان منعه في المقام من جهة عدم شمولها بما لها من المعنى للمقام فان المراد بها ليس مايقع في الخارج لله وان امكن ان يقع لغيره كالبيع ولا ما يشترط في صحته الوقوع لله كالوقف بل المراد بها مالايقع في ذاته الا لله كالصدقة بالمعنى الاخص التي تكون القربة من قبيل الفصل المقوم لها لاالشرط .

ويمكن ان يورد على هذا الوجه بمنع الصغرى ايضاً فانه و ان كان المشهور اعتبار القربة في الوقف الاان الاظهر تبعا لجمع من الاساطين عدم اعتبارها للاطلاقات ولمادل على صحة وقف الكافر واطلاق الصدقة عليه انما يكون باعتبار الافراد التي تقع في الخارج مع قصد القربة وتمام الكلام في محله (ومنها) انه فك ملك بلا عوض ـ وشرط الخيار يصح في العقود المعاوضية (وفيه) اولاان الوقف حقيقته ليست فك الملك بل حبس العين وتسبيل المنفعة ـ وثانيا ـ انه قد مر جريان شرط الخيار في الايقاع فضلا عما هو بمنزلته (ومنها) خبر (٢) اسماعيل بن الفضل عن الصادق عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير وقال ان احتجت الى شيء من المال فانا احق به ترى ذلك له وقد جعله لله يكون له في حياته فاذا هلك الرجل يرجع ميراثاً الى اهله او يمضى صدقة قال عليه السلام يرجع ميراثا على اهله و موثقه (٣) الاخر في مسالة شرط الواقف كونه احق بالوقف عند الحاجة وهو قوله عليه السلام من اوقف ارضا ثم قال ان احتجت اليها فانا احق بها ثم مات الرجل فانها ترجع الى الميراث ـ تقريب دلالتهما انهما يدلان على بطلان الوقف وليس الامن جهة اشتماله على الشرط المزبور (وفيه) انه يمكن ان يقال بدلالتهما على الصحة بقرينة

---

(١) الوسائل ـ باب ١١ ـ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات وباب ٦ ـ من ابواب كتاب الهبات وباب ٢٤ من ابواب الصدقة.

(٢) الوسائل ـ باب ٣ ـ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٣

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ طبع النجف

التعبير بالرجوع انمع البطلان لارجوع بل هو باق على ملكه فيدلان على صحة الوقف و الشرط و انه يعود اليه عند الحاجة ثم ان مات يرثه وارثه - وعلى فرض دلالتهما على البطلان يمكن ان يكون الوجه فيه ادخال نفسه فى الوقف .و(قداستدل) للمنع ببعض الوجوه المتقدمة فالاظهر تبعا للمشايخ الثلاثة جواز اشتراط الخيار فى الوقف.

ومنه الصدقة - وقد استدل المصنف ره لعدم دخول خيار الشرط فيها (بعموم) مادل على انه لا يرجع فيما كان لله - وهى اخبار مستفيضة (منها) قوله عليه السلام (١) انما الصدقة لله عزوجل فما جعل لله عزوجل فلا رجعة له فيه - و نحوه غيره وتقريب الاستدلال بها انها تدل على ان اللزوم حكم لماهية الصدقة وانها ماهية منافية للرجوع وهذا المعنى آب عن لحوق خصوصية توجب تغير الحكم فلايصح جعل الخيار فيها (واورد) على الاستدلال بها السيد الفقيه ره بانه لايصدق الرجوع الى الصدقة على الفسخ بالخيار لان اخراجه للمال ليس على كل تقدير والاخراج الخيارى المتزلزل ليس اخراجا حقيقة فالرجوع انما يصدق مع كون المال باقيا على الوقفية او الصدقة او نحو ذلك لامثل المقام (وفيه) ان الرجوع الحقيقى هو رد الملك وهو المراد فى هذه النصوص اذ الرجوع الممنوع عنه فى الصدقة هو ما يكون جائزا فى الهبة ومن المعلوم ان الرجوع الجائز فيها رد الملك لاالتصرف فى الموهوب مع بقاء الهبة - فالاظهر عدم دخول خيار الشرط فيها .

قوله قده ولو شك فى ذلك كفى فى عدم سببية الفسخ الخ قد عرفت فى العقود الجائزة الجواب عن ذلك وانه عند الشك يصح التمسك بالعموم كما سيعترف به فى مبحث الشروط .

ومنه الصلح - وفيه - اقوال (الاول) دخوله فيه مطلقا ولعله المشهور و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه (الثانى) عدم دخوله كك وهو المنسوب الى الشيخ فى

---

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ١

المبسوط والخلاف (الثالث) التفصيل بين الصلح الذي فائدته الابراء فلا يدخل فيه وغيره فيدخل ذهب اليه العلامة فى التحرير والمحقق الثانى فى جامع المقاصد واختاره المصنف ره. وقد استدل للمنع فى المفيد فائدة الابراء بوجوه (احدها) ما عن غاية المرام بان مشروعيته لقطع المنازعة فقط واشتراط الخيار لعود الخصومة ينافى مشروعيته وكل شرط ينافى مشروعية العقد غير لازم (وفيه) اولا ان مشروعيته ليست لخصوص قطع المنازعة واذا الصلح فى غير مقام الدعوى صحيح. وثانيا ان مجرد ذلك لا يصلح للمنع لانه حكمة لا علة. الثانى - ماافاده المصنف ره.

بقوله قده لما تقدم من الشك فى سببية الفسخ لرفع الابراء اومايفيد فائدته الخ وفيه ماتقدم من ان الشك لا يمنع من نفوذ الشرط (الثالث) انه ايقاع ولا يدخل شرط الخيار فى الايقاع (وفيه) اولا انه عقد لا ايقاع وان كان الابراء ايقاعا. وثانيا انه قد تقدم دخوله فى الايقاع. فالاظهر جريانه فيه مطلقا.

ومنه الضمان - وقد استدل المحقق النائينى ره للمنع من دخول شرط الخيار فيه - بان لزومه حكمى كالنكاح لان من آثاره انتقال الدين الى ذمة الضامن وبرائة المديون فارجاعه الى ماكان لا يمكن الا بضمان آخر (وفيه) ماتقدم من انه لولا الاجماع لكنا ملتزمين بدخوله فى النكاح فضلا عن الضمان.

ومنه الرهن - وقد استدل للمنع فيه - بان الرهن وثيقة والخيار ينافى الاستيثاق (واجاب) عنه المصنف ره بان غاية الامر كون وضعه على اللزوم فلا ينافى جواز جعل الخيار بتراضى الطرفين (وفيه) ان المدعى منافاة الخيار والتزلزل لحقيقة الرهن لا الحكمة فيكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد - وبما ذكرناه فى هذه الابواب يظهر الحكم فى ساير الابواب التى لم تتعرض لها.

قوله قده والملازمة ممنوعة الخ لان العلقة الحقية تتعلق بالعقد لا بالعوضين فهما يفترقان ولا علقة بينهما ولا يستحق احدهما شيئا من صاحبه ولو كان الخيار ثابتا - ويمكن منع المقدمة الاولى اذ لا سبيل لنا الى اثبات ان المقصود من اعتبار التقابض ماذكر.

وقوله قده واما التراضي الفعلي فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه بناء - منه يظهر عدم جريان هذا الخيار في المعاطاة. والسر في ذلك ان الشرط القولي الخ

اقول ان المعقود والشروط مقامين احدهما مقام الثبوت والتحقق وهو مقام الالتزامات النفسانية ثانيهما مقام اظهارها وابرازها - اما في المقام الاول فلا دخل للفظ ولا للفعل فيه واما المقام الثاني فلا مانع من ان يدل على الالتزام العقدي باللفظ وعلى الالتزام الشرطي بالفعل - وبعبارة اخرى ان ربط الالتزامين انما هو في المرتبة السابقة على الابراز واللفظ او الفعل كاشف عن ذلك ودال عليه - وعليه - فكما ان الفعل ربما يحتف بالكلام ويوجب صرفه عن ظاهره كذلك يمكن ان يدل على ربط ما انكشف به بما ينكشف باللفظ فلو قال مقارنا للفعل بشرط كذا يكون قوله مرتبطا بفعله.

قوله قده دخول الخيار في الصداق الخ ربما يقال ان الصداق ليس عقدا كي يمكن حله وفسخه - ولكن يمكن ان يقال ان المهر حيث لا يكون ركنا العقد النكاح يكون من قبيل الالتزام الضمني والفسخ يوجب رفعه فكانه لم يقع على الصداق اصلا - والظاهر عدم الخلاف في دخول الخيار فيه وقد عرفت انه على القاعدة فلا حاجة الى ما استدل به المصنف.

قوله قده وفيه نظر الخ لعل وجهه احتمال ان يكون اعتراض الزوجة من قبيل الرد الفعل الفضولي لا من باب الفسخ بالخيار.

قوله قده والاظهر بحسب القواعد الخ وقد عرفت عند ذكر ادلة عدم دخول خيار الشرط في النكاح تقريب هذا الوجه وما يرد عليه.

خيار الغبن

قوله قده الرابع خيار الغبن واصله الخديعة الخ الظاهر ان الغبن والخديعة يتصادقان على مورد احيانا ولا اتحاد بينهما مفهوما - بل الظاهر انه بسكون الوسط نقص في المعاملة والمقاسمة كما صرح بذلك ائمة الفن - وعليه فيوم التغابن في الاية

الشريفة (١) (ذلك يوم التغابن) مستعار من تغابن القوم فى التجارة ـ وفى الحديث (٢) نعمتان مغبون فيهما كثير من الناس الصحة والفراغ. واستعمال الغبن فيه انما هو من جهة ان اشتغال المكلف ايام الصحة والفراغة بالامور الدنيوية الدنية يوجب كونه مغبونا لانه قد باع ايام الصحة والفراغة بشيء لاقيمة له ـ وهو بتحريك الوسط نقص فى العقل والرأى ـ وفى المجمع وغبن رأيه غبنا من باب تعب قلت فطنته وذكاؤه ومغابن البدن الارفاغ والاباط الواحد المغبن كمسجد ومنه حديث الميت فامسح بالكافور جميع مغابنه .

قوله قده وهو فى اصطلاح الفقهاء تمليك ماله بما يزيد الخ بماذكرناه يظهر انه لا اصطلاح خاص بالفقهاء فى معناه وانما يطلقونه بماله من المعنى اللغوى .

قوله قده لاجل غلبة صدور هذه المعاوضة الخ بناء على ما ذكرناه يكون تسمية المملك غابنا والاخر مغبونا فى مورد جهلهما على طبق المعنى اللغوى لا للغلبة .

قوله قده والظاهر ان كون الزيادة مما لا يتسامح به شرط خارج الخ ربما تكون الزيادة يسيرة جدا بمقدار لا يصدق الغبن من جهة ان تحديد القيمة بحد ليس على وجه التحقيق بل على نحو التخمين ـ وربما تكون بمقدار يصدق ذلك وفى مثل ذلك لادليل على عدم ثبوت الخيار بعد عموم دليله .

قوله قده ثم ان ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الاصحاب الخ قد تكرر فى كلماتهم دعوى الاجماع عليه ولم ينقل الخلاف الاعن الاسكافى و المحقق ـ وماافاده المصنف ره من ان انكاره فى مجلس درسه اعم من كون فتواه ذلك كما ترى ـ وسكوت جماعة من القدماء عن التعرض له ـ لايكون كاشفا عن خلافهم بعد دعوى غير واحد الاجماع عليه ـ وعلى اى حال لايكون حجة

---

(١) سورة التغابن آية ٩

(٢) سفينة البحار ج٢ ص٣٠٥

بعد معلومية المدرك فالعمدة ملاحظة ادلتهم وقد استدل لثبوت هذا الخيار بوجوه.

الاول ما عن التذكرة وهو قوله تعالى (١) الا ان تكون تجارة عن تراض - قال ومعلوم ان المغبون لو عرف الحال لم يرض - وحيث ان ظاهر ذلك مانعية الكراهة التقديرية مع الرضا الفعلي - وجهه المصنف ره بقوله وتوجيهه ان رضا المغبون بكون ما ياخذه عوضا الخ (وحاصله) ان الرضا الفعلي مفقود بتقريب ان الرضا متعلق بعنوان مفقود وهو عدم نقصه عنه فى المالية و حيث ان العنوان المفقود و صفى فى المبيع فلا يوجب تخلفه الا الخيار كما فى ساير موارد تخلف الوصف فالاية تدل على عدم لزوم العقد - فاذا حصل التراضي بالعوض غير المساوى كان كالرضا السابق فكما ان الرضا السابق بالفاقد للوصف مؤثر فى اللزوم كذلك الرضا اللاحق مؤثر فيه - فان رضا المالك المتاخر اذا كان مؤثرا فى الصحة وفى انعقاد البيع فى الفضولي والمكره كان رضاه المتأخر اولى بالتاثير فى لزومه بعد صحته.

وبما ذكرناه فى تقريب هذا الوجه اندفع ايراد المحقق السيد الفقيه ره عليه بان مقتضى البيان المذكور بطلان البيع لا الخيار كما هو مقتضى قوله فاذا حصل الخ فانه ايضاً انما يناسب البطلان بدون الرضا والا فمع فرض الدلالة على عدم اللزوم لاحاجة الى اجراء فحوى حكم الفضولي والمكره انتهى.

واجاب المصنف ره عنه باجوبة (احدها) ان الوصف المذكور من قبيل الداعي الذي لا يوجب تخلفه شيئا (وفيه) ان الداعي هو الغرض من الفعل والعلة الغائية له ومن المعلوم ان عنوان ما يساوى بالثمن ليس علة غائية للفعل (ثانيها) انه قد لا يكون داعيا ايضا كما اذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظة مقدار ماليته فقد يقدم على اخذ الشيء وان كان ثمنه اضعاف قيمته والتفت الى احتمال ذلك (وفيه) انه فى مثل هذا المورد لا يكون خيار الغبن ثابتا لاقدامه عليه (ثالثها) ان اخذه على وجه التقييد لا يوجب خيارا اذا لم يذكر فى متن العقد (وفيه) ان هذا يصلح وجها لعدم

---

(١) النساء الاية ٢٩

ثبوت خيار تخلف الشرط لالعدم ثبوت خيار الغبن الثابت بالتعبد على الفرض .

فالاولى ان يورد عليه (اولا) بما تقدم فى مبحث المعاطاة وبيع المكره من ان الاستثناء فى الاية الشريفة منقطع غير مفرغ فلاتدل على الحصر فلاتدل عدم جواز الاكل بغير التجارة عن تراض (وثانيا) ان العنوان المشاراليه لايكون قيدا للمبيع فضلاعن كونه عنوانا له (وثالثا) انه لوسلم كونه عنوانا للمبيع وقيدا فى متعلق الرضا على نحو وحدة المطلوب لزم منه بطلان المعاملة - والاكان داخلا فى منطوقها فتدبر حتى لاتبادر بالاشكال .

الثانى قوله تعالى (١) لاتاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتقريب ما افاده فى تقريب الاستدلال هو ان البيع الغبنى اذا وقع على وجه الخديعة يكون الاكل به اكلا بالباطل وهو حرام سواء فى ذلك قبل تبين الخديعة اوبعده - وسواء ردالمغبون ام لم يرد نعم لوتبين ورضى المغبون لايكون اكلا للمال بالباطل وحرمة الاكل بعد الرد مساوقة لتأثيره وان له ذلك ومقتضى اطلاق الاية وان كان حرمة الاكل حتى قبل تبين الخديعة الاانه خرج بالاجماع وبقى مابعد اطلاع المغبون ورده للمعاملة واجاب عنه قده بما حاصله ان قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض بناء على ماتقدم من وجود الرضا الفعلى قبل تبين الخديعة يدل على لزوم هذه التجارة فيتعارضان فيرجع الى اصالة اللزوم - ثم استدرك عن ذلك .

بقوله الاان يقال ان التراضى الخ وحاصله ان مورد آية التجارة عن تراض انما هو قبل تبين الخديعة ورد المغبون وتدل الاية على انه سبب صحيح - ومورد آية النهى عن الاكل - بعد التبين ورد المعاملة ولا تعارض بين كونها سببا صحيحا فى نفسها الا انه من جهة تعنون التصرف الواقع بعد هذا السبب بعنوان آخر وهو كون الاكل بعد رد المغبون اكلا بالباطل يصير منهيا عنه وعلى هذا فكلمة لافى قوله ولايخرج ليست زائدة كما توهمه جمع منهم المحقق الايروانى ره (وبالجملة) بعد فرض ان لكل

---

(١) النساء الاية ٢٩

منهما موردا مختصا به فلا تعارض بينهما - ثم اورد عليه بوجه آخر.

قال ويمكن ان يقال ان آية التراضي الخ وحاصله ان مورد كل منهما وان كان غير مورد الاخر الا انه من جهة عدم القول بالفصل بين الموردين يتحقق التعارض بالعرض (اقول) يرد على الاستدلال بالاية ان التجارة المفروضة بما انه يصدق عليها التجارة عن تراض لاتكون مشمولة لاية النهي اما من جهة عدم تصادقهما على مورد واحد او من جهة الاستثناء - واما الاكل بعدد المغبون فمضافاً الى عدم كونه مشمولا للاية لان نظرها الى التصرفات المعاملية بقرينة كلمة بينكم الظاهرة في اعطاء مال واخذ مال انه من جهة كونه بعد التجارة عن تراض لايكون مشمولا لها - و بذلك ظهر عدم تمامية الجواب الثاني الذي افاده المصنف ره.

الثالث النبوي (١) الذي استدل به جماعه من الاصحاب ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى ان يتلقى الجلب فان تلقاه انسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار اذا ورد السوق والكلام فيه يقع اولا في سنده - وثانيا في دلالته اما من حيث السند فقد اورد عليه المصنف بعدم وجوده في الكتب المعروفة بين الامامية فلايقبل ضعفه الانجبار بالعمل (وفيه) انه مع تسليم العمل كما هو كذلك فان المحكي عن الشيخ في الخلاف الاستناد اليه - وكذلك ابن زهرة في الغنية مع انه لايعمل الا بالمقطوع به من الاخبار والظاهر انه مشهور عند قدماء الاصحاب ولذا يعدون غبن الركبان من احد اسباب الخيار وظاهر التذكرة الاستناد اليه - لاوجه لعدم البناء على الانجبار اذ لايشترط في الجبر وجود الرواية في الكتب المعروفة - مع انه موجود في الغنية - وقد يقال ان قول ابن زهرة نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم الى آخر الحديث يشعر باذعانه بمضمون الخبر فهو توثيق لجميع من في سند الخبر المحذوفين - فتشمله ادلة حجية الخبر الواحد (وفيه) ان غاية مايثبت بذلك اذعانه بمضمون الخبر وحيث يحتمل ان يكون ذلك للقرائن الخارجية فلايكون توثيقا

---

(١) اخرجه مسلم في ٢١ كتاب البيوع حديث رقم ١٧
واخرجه ابوداود في ٢٢ كتاب البيوع باب في التلقي حديث رقم ٣٤٣٧
ورواه الشيخ في الخلاف ج٢ ص٧٦ طبع قم عن ابي هريرة.

للوسائط - فالعمدة ماذكرناه - واما من حيث الدلالة - فيرد عليه انه لايدل على ان ما اثبته من الخيار هو خيار الغبن بل مقتضى اطلاقه بالنسبة الى غير مورد الغبن عدمه وقد افتى الحلي بثبوت هذا الخيار مع عدم الغبن.

الرابع حديث (٢) لاضرر ولا ضرار في الاسلام بتقريب - ان لزوم مثل هذا البيع وعدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه واضرار به فيكون منفيا - واورد عليه بوجوه.

الاول ماعن المصنف ره من ان حديث لاضرر لايدل على ثبوت الخيار بين الفسخ والامضاء بتمام الثمن كما هو المدعى - فانه يمكن تدارك الضرر باحد انحاء ثلاثة - الاول - الخيار - الثاني - رد مقدار ماتضرر به من الثمن او المثمن - وظاهر صدر كلامه بل صريحه ارادة الرد من عين الثمن او المثمن ولذا اورد عليه ماذكره العلامة في مسألة محاباة المريض من منافاته لمقتضى المعاوضة - ولكن ظاهر عباراته المتاخرة - منها - قوله فالمبذول غرامة - ومنها قوله ثم ان المبذول ليس هبة - ولاجزء من احد العوضين - ارادة رد مقدار منه او بدله غرامة - الثالث - تخيير الغابن بين رد الزايد غرامة وفسخ المغبون - نظير مااحتمله في القواعد من انه اذا ظهر كذب البايع مرابحة في اخباره برأس المال وبذل المقدار الزايد مع ربحه فلاخيار للمشتري - والظاهر ان تدارك ضرر المغبون باحد الاحتمالين الاخيرين الذين حاصلهما عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت اولى من اثبات الخيار لان الزام الغابن بالفسخ ضرر عليه وهذا وان كان لايصلح لمعارضة ضرر المغبون الا انه يصلح لترجيح احد الاحتمالين

---

(١) الوسائل باب ١ - من ابواب موانع الارث - والتذكرة - المسألة الاولى من خيار الغبن وهو مروى مع حذف كلمة في الاسلام - في الوسائل باب ١٧ - من ابواب الخيار وباب ١٢ و٧ - من ابواب كتاب احياء الموات - وباب ٥ - من ابواب كتاب الشفعة وفي الكتب الاخر - وايضا مروى مع اضافة كلمة على مؤمن في الوسائل - في جملة من الابواب - وفي المستدرك وغيرهما

المذكورين على ماهو المشهور من ثبوت الخيار (ولايخفى) ان المصنف ره لايدعى ان بذل التفاوت تدارك للضرر والحديث ينفى الضرر غير المتدارك فان ذلك خلاف مبناه بل يدعى ان اللزوم عبارة عن عدم التسلط على حل العقد بالاضافة الى تمام الثمن وبالاضافة الى المقدار الزايد- وعدم التسلط على حله مع عدم بذل الغابن لما به التفاوت وارتفاع هذا اللزوم كمايكون بثبوت السلطنة على الحل فى الكل - كك بثبوتها على الحل فى المقدار الزايد - وبثبوتها على الحل مع عدم بذل مابه التفاوت فلايتعين ارتفاع اللزوم الضررى بالنحو الاول فتدبر فانه دقيق (اقول) يرد عليه ان بذل مقدار من احد العوضين غير صحيح فانه مناف لمقتضى المعاوضة كما اعترف به فى اثناء كلامه وبذل مابه التفاوت بعنوان الغرامة بلاوجه فان الغرامة عبارة عن تدارك مااشتغلت به الذمة ومجرد كون الطرف غابنا لايصير سببا لضمانه فلامحالة يكون هبة وهى لاتوجب انقلاب المعاملة عن كونها غبنية (وبالجملة) ان اللزوم لامعنى له سوى عدم السلطنة على حل العقد فى تمام الثمن ونفى ذلك لايقتضى سوى الجواز المشهور .

الثانى ماعن المحقق النائينى ره - بناءاً على ان لايكون اعتبار التساوى فى المالية من قبيل الشرط الضمنى بان مفاد حديث لاضرران الحكم الذى ينشأ منه الضرر بحيث يكون الضرر عنوانا ثانويا له فهو مرفوع دون ضرر لايكون عنوانا للحكم بل يكون عنوانا لنفس فعل المكلف وباقدام واختيار صدر الفعل عنه ومنشأ الضرر فى المقام ليس حكم الشارع لان العاقد من دون ان يكون ملزما شرعا اقدم على المعاملة فلامعنى لرفعه (وفيه) ان المعاملة الغبنية الواقعة مع قطع النظر عن حكم الشارع بالصحة واللزوم لاتكون ضررية لفرض بقاء ماله على ملكه - ومع فرض حكمه بالصحة دون اللزوم يكون حدوثا ضرريا وبقاء غير ضررى - فاللزوم منشأ لضررية المعاملة بقاء فهو يكون مرفوعا بحكم الحديث .

الثالث ما افاده جمع منهم المحقق الايروانى ره وهو ان الضرر ينشأ من الحكم بالصحة وملك اليسير فى مقابل الكثير لا من الحكم باللزوم وانما الفسخ علاج لما

وقع فيه من الضرر فكان الحكم بالخيار معالجة للضرر وليس مفاد دليل نفى الضرر تشريع ما يعالج به الضرر الواقع فيه المكلف باختياره و انما مفاده رفع ما يقتضى الضرر من الاحكام فنتيجة دليل نفى الضرر هوخروج المعاملة الغبنية عن ادلة الصحة والحكم بفسادها (وفيه) ماتقدم من ان الصحة و اللزوم كلاهما ضرريان تلك باعتبار حدوث المعاملة وذاك باعتبار بقائها -نعم- يبقى ح سؤال وهوانه ما الموجب للتفكيك والحكم بالصحة دون اللزوم - والجواب ان الصحة لا تكون مشمولة له لوجهين - احدهما الاجماع - ثانيهما - ان حديث لاضرر انما ينفى الحكم الذى فى رفعه منة و رفع الصحة لا امتنان فيه بخلاف رفع اللزوم - هذا بناء على كون المرفوع فى الحديث الحكم الذى ينشأ منه الضرر -واما بناءاً على مسلك المحقق الخراسانى ره من ان مفاد الحديث نفى الحكم بلسان نفى الموضوع وانه انما ينفى الحكم الذى يكون موضوعه ضرريا - فالامر واضح فان الصحة اذا كانت ضررية فهى لاترتفع بالحديث وبما انها موضوع للزوم فيكون اللزوم مرفوعا فتدبر .

الرابع ماعن المحقق الخراسانى ره وهوان غاية ما يثبت بحديث لاضرر هو مجرد السلطنة على الحل الموجود مثلها فى الهبة لاالخيار الذى يعد من الحقوق ويقبل الاسقاط ويكون حقا خارجيا لادخل له بالجوازفان لسان الحديث هوالنفى لاالاثبات (اقول) لاباس بذلك بناءاً على شمول الحديث له - واولى من ذلك المنع من شموله له - فان اللزوم ليس حكما وجوديا مجعولا بل هو امر عدمى وهو عدم السلطنة على الحل - وقد حققنا فى محله ان حديث لاضرر لايشمل الاحكام العدمية فان النفى انما يتعلق بما هو وجودى و العدم ليس شيئاً قابلا لتعلق النفى به الا بالعناية .

الخامس من ادلة هذا الخيار النصوص الواردة فى حكم الغبن -لاحظ- خبر(١) اسحاق بن عمار عن ابى عبدالله عليه السلام - غبن المسترسل سحت - و خبر (٢) ميسر

(١و٢) الوسائل - باب١٧ - من ابواب الخيار - حديث ١- ٢ وذكرهمافى باب٩ من آداب التجارة .

عنه ﷺ غبن المؤمن حرام والمرسل المرى فى المتن تبعا للجواهر والحدائق وان لم اعثر عليه فى كتب الاخبار لا يغبن المسترسل فان غبنه لا يحل - وخبر (١) السكونى عن جعفر بن محمد عن ابيه عن آبائه (ع) عن رسول الله ﷺ غبن المسترسل ربا - وخبر (٢) دعائم الاسلام عن الصادق عليه السلام فى حديث وان كان امرا افاحشا وغبنا بينا الى ان قال ثم قيل للمشترى ان شئت خذها بمبلغ القيمة وان شئت فدع (ولكن) يرد على هذا الوجه ان اكثر هذه الاخبار ضعيفة الاسناد لان فى طريق الاول اباجميلة - والثالث مرسل - و فى طريق الرابع احمد بن على بن ابراهيم و هو لم يوثق - و الخامس مرسل - واما من حيث الدلالة فالاخير صريح فيما ذكر - والبقية لا تدل على ذلك - اما الثانى والثالث فقد استظهر المصنف ره دلالتها على حرمة الخيانة فى المشاورة - ثم قال فيحتمل كون الغبن بفتح الباء (اقول) كان بفتح الباء او سكونها لا دخل لهما بما افاده كما ستعرف (مع) ان الظاهر كونه بسكون الباء اذ هو بالفتح لازم وقد استعمل فى الخبر متعديا (والحق) ان يقال ان النهى اما بملاحظة تضمنه للمكر والخديعة او بملاحظة ان المعاملة المشتملة على الزيادة اذا صدرت عن علم وعمد حرام وعلى اى تقدير غاية ما يثبت بهما الحرمة التكليفية دون الفساد او الجواز واما الخبر الاول فالسحت وان كان فى نفسه ظاهرا فيما يتعلق بالاموال - الا انه - من جهة حمله على الغبن الظاهر فى المعنى المصدرى لابد من التصرف فى احدهما اما بارادة المال المغبون فيه من الغبن ثم تقييده بما بعد فسخ المغبون للاجماع على عدم حرمته قبل ذلك او بارادة الحرام من لفظ السحت ولاريب فى اظهرية الثانى - وهذا الذى ذكرناه اولى مما افاده المصنف ره من الحمل على ان الغابن بمنزلة آكل السحت - او الحمل على ارادة كون المقدار الزايد عما يستحقه بمنزلة السحت والضمان .

السادس ان الغرض النوعى فى المعاملات المعاوضية الذى عليه بناء العقلاء فى معاملاتهم حفظ مالية اموالهم مع التبديل باعطاء مال واخذ ما يقوم مقامه فى الماليه

(١و٢) المستدرك باب ١٣ من ابواب الخيار حديث ١-٢

وهذا شرط ضمنى ارتكازى فى جميع المعاملات غير المبنية على التسامح ومثل هذا الغرض النوعى العقدى يكون العقد بماهو مبنيا عليه ولايعتبر ذكره صريحا فى متن العقد. وبعبارة اخرى ان بناء العقلاء وان كان على عدم ترتيب الاثار على الالتزامات النفسانية مالم تبرز ولم تنشأ الاان ذلك فى غير الشروط المبنى عليها العقد و فى تلك بنائهم على الترتيب بل يرون ذلك بحكم الذكر - وعليه - فتخلفه موجب للخيار من باب تخلف الشرط (فتحصل) ان دليل هذا الخيار الالتزام الضمنى .

اعتبار عدم علم المغبون بالقيمة

قوله قده يشرط فى هذا الخيار امران - الاول عدم علم المغبون بالقيمة فلو علم بالقيمة فلاخيار الخ لاخلاف ولا كلام فى انه لاخيار للمغبون مع علم المغبون بالقيمة - والوجه فى ذلك بناءاً على الوجه المختار وهو الالتزام الضمنى واضح - فانه مع علمه بالقيمة لابناء ولاشرط ويكون اقدامه اسقاطا للشرط المزبور - واما بناءاً على كون المدرك حديث لاضرر (فقد يقال) كما فى المتن وعن المحقق النائينى ره انه اقدم على الضرر توضيحه ان منشأ الضرر اذا كان حكم الشارع يكون منفيا بالحديث وان كان فعل المكلف لايكون حكمه مشمولا له ومع العلم بالضرر واقدامه عليه يكون منشأ الضرر فعل المكلف فلايشمله الحديث (وفيه) انه فى صورة العلم بالضرر والاقدام بقاء المعاملة ولزومها منشأ لبقاء الضرر اذ لو كانت المعاملة جائزة وتمكن المكلف من التخلص عن الضرر بالفسخ لايكون الضرر باقيا - فحكم الشارع باللزوم ضررى يكون مشمولا للحديث هذا بناء على تسليم المبنى وان حديث لاضرر انما ينفى الحكم الذى يكون منشئاً للضرر - واما بناء على القول بشموله لما اذا كان موضوع الحكم ضرريا ويرفع حكمه فالامر اوضح - فالحق فى وجه عدم الشمول ان يقال ان الحديث انما ينفى الحكم الذى فى رفعه منة - ومع العلم بالغبن والضرر واقدامه عليه لايكون نفى اللزوم امتنانيا فلاينفيه الحديث .

قوله قده ثم ان الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلا من القيمة بالمرة او ملتفتا

اليها الخ لااشكال في ما اذاكان غافلا من القيمة اوملتفتا مع كونه عالما او مطمئنا بالتساوى وانه فيهذين الموردين يثبت الخيار كما لااشكال فى عدم ثبوت الخيارمع علمه بعدم التساوى. انما الكلام فيمااذاكان شاكا اوظانا بالظن غير المعتبر فان كان مدرك هذاالخيارحديث لاضرر (فقديقال) كمافي المتن وتبعه غيره بانه يثبت الخيار. اذالحديث يدل على النفى فى غير موردالاقدام ولايصدق الاقدام على الضررمع رجاء عدم الضرر (وفيه) انهمع الاحتمال ان كانت المعاملةمعلقةعلى المساواةبطلت والافلامحالة يكون مقدماعلى المعاملة كيفماكانت القيمةفلامحالة يكون مقدماعلى الضرر. الاترى ان من يحتمل ان يكون فى طريقهسبع يفترسه لومشى من ذلك الطريق يصدق انهاقدم على ذلك وينسب الفعل اليه. فعلى هذا المسلك لابد من البناء على سقوط الخيار. واما بناء على الالتزام الضمنى فالاظهر ثبوت الخيار اذلا اختصاص بالشرط سواء كان صريحا امضمنيا ثابتا ببناء العقلاء بصورة العلم بل الغالب هوالشرطفى صورة الشك.

قوله قده ولو اقدم عالما على غبن يتسامح به فبان ازيد الخ صور المسألة اربع (الاولى) ان يقدم على مايتسامح به فبان ازيد ممايتسامح بهمنفردا ولا يتسامح به منضما. وقد اختار المحقق النائينى ره عدم سقوط الخيار فيها من جهة ان المجموع لم يكن مقدما عليهوالاقدام على القدرالمتسامح بهلااثر لهلكونه مقيدا بهذا المقدار(وفيه) ان المجموع مركب من المقدار الذىاقدمعليه. والمقدار الذى يتسامح بهوليس شيئا ورائهما وشيء منهما لايقتضى الخيار. فالاظهر عدم الخيار (الثانية) هذه الصورة مع كون الزائد بنفسه مما لايتسامح به فالاظهر فى هذه الصورة ثبوت الخيار (الثالثة) ان يقدم على مالايتسامح به فبان ازيد بما يتسامح بهمنفردا والاظهرفى هذه الصورة عدم الخيار لان مايوجب الخيارقدم عليه ومالم يقدم عليه لايوجب الخيار (الرابعة) هذه الصورة مع كون الزايد ممالايتسامح به. والاقوى فى هذه الصورة الخيار (لايقال) انه مع الاقدام على مالايتسامح به اسقط شرط التساوى ومعه كيف يبنى على الخيار (فانه يقال) ان المشروط ليس هو التساوى

بل عدم الزيادة و للزيادة مراتب فيمكن ان يسقط اشتراط بعض مراتبها دون بعض فتدبر .

الخيار يدور مدار الغبن الموجود حال العقد

قوله قده ثم ان المعتبر القيمة حال العقد فلو زادت بعده الخ ان كان مدرك الخيار حديث لاضرر يمكن ان يقال بسقوط الخيار لو زادت قيمته السوقية قبل الرد مطلقا لانه بعد ازدياد القيمة لايكون لزوم العقد بقاءاً ضرريا ومع عدم كونه ضرريا لاوجه لرفع اللزوم اذا الحكم وجودا وعدما يدور مدار ما اخذ في موضوعه ولعل هذا مراد المصنف ره حيث قال ويحتمل عدم الخيار لان التدارك حصل قبل الرد فلا يثبت الرد المشروع لتدارك الضرر (و ما ذكره) وجها للخيار بان الزيادة قد حصلت في ملكه والمعاملة وقعت على الغبن (لايفيد) فانه وان حصلت الزيادة في ملكه الا انها توجب ارتفاع الضرر من بقاء المعاملة. وان كان المدرك الالتزام الضمني فالشرط الضمني ليس خصوص التساوي حين العقد فان المقصد الاصلي تسلم شيء لاينقص ماليته عن مالية ما اعطاه فالزيادة بعد العقد قبل القبض توجب عدم الخيار قطعا . وكذلك الزيادة بعد القبض قبل الرد ان كان في زمان قصير والافيمكن ان يقال بسقوط الخيار ايضا من جهة ان حدوث الخيار وبقائه تابعان لانتفاء الشرط فاذا حصل الشرط ارتفع الخيار. (فتحصل) ان الاقوى سقوط الخيار في موارد الزيادة بعد العقد وقبل الرد

قوله قده واشكل منه مالو توقف الملك على القبض الخ لما اشكل على ثبوت الخيار في صورة الزيادة بعد العقد وقال ويحتمل عدم الخيار قال واشكل منه الخ يعني احتمال عدم الخيار في الصرف والسلم اظهر ان ارتفع الغبن بعد العقد وقبل القبض اذ الملك انتقل اليه من غير نقص فلم يتوجه اليه ضرر لا انه توجه وارتفع كما في الفرض السابق .

قوله قده نعم لو قلنا بوجوب التقابض الخ حيث انه ره وجه عدم ثبوت الخيار في الفرض الثاني بعدم توجه الضرر اليه توجه الى اشكال وهو انه اذا وجب

التقابض فقبل ارتفاع الغبن المفروض وجوب الاقباض ونفس حكم الشارع بوجوب اقباض الزايد ضرر ينفيه الحديث وحيث انه من لوازم لزوم العقد بل لامعنى للزوم فى هذه المعاملة الاذلك فيرتفع المنشأ وهو اللزوم فيثبت الخيار فيكون حكم هذه المعاملة حكم المعاملات الاخر المذكور فى الفرض السابق - وبهذا البيان اندفع ايراد المحقق الايروانى ره عليه بانه يرتفع بالحديث وجوب الاقباض لاانه يثبت به الخيار - ولكن يرد عليه - ماتقدم فى خيار المجلس من ضعف المبنى .

قوله قده ولو ثبتت الزيادة او النقيصة بعد العقد الخ مورد الكلام فيما ذكره سابقا واشكل فيه مااذاكان الغبن موجودا ثم ارتفع وفى المقام مااذا لم يكن حين العقد موجودا بل تحقق بعد العقد وقدادعى قده الاجماع على عدم ثبوت الخيار

لاعبرة بعلم مجرى الصيغة

قوله قده ثم انه لاعبرة بعلم الوكيل فى مجرد العقد بل العبرة بعلم الموكل وجهله الخ لااشكال فى ان الوكيل فى مجرد اجراء الصيغة لاعبرة بعلمه ولابجهله ولايثبت له الخيار - واما الوكيل المفوض - فالكلام فيه فى موردين الاول فى انه متى يثبت الخيار - الثانى فيمن يثبت له - اما الاول فلااشكال فى ثبوته لوكان الوكيل والموكل جاهلين - انما الكلام فيما اذاكان الوكيل عالما بالغبن - والموكل جاهلا اوعالما - وفيما اذا انعكس الامر امافى الصورة الاولى (فقد يقال) - ان التوكيل اما ان يشمل المعاملة الغبنية او يختص بغيرها - لا اشكال فى اللزوم فى الفرض الاول - وعدم الصحة فى الثانى فما معنى ثبوت الخيار (وفيه) انه يمكن ان يقال انه يشمل التوكيل المعاملة الغبنية ولكن بمالها من الاحكام والخصوصيات ومنها ثبوت الخيار (وصريح) المصنف ره وغيره عدم ثبوت الخيار والوجه فيه ان طرف المعاملة انما هو الوكيل والموكل اجنبى عن المعاملة فلابناء من الموكل كى يوجب تخلفه الخيار ولااقدام منه على معاملة ضررية .

واما فى الصورة الثانية - فظاهر المصنف ره عدم ثبوت الخيار - وصريح المحقق

النائيني ره ثبوته - وهوالحق لان طرف المعاملة هو الوكيل فهو الملتزم بالمساواة ويوقع المعاملةمبنيةعليها والمعاملةالضررية لزومهامستندالى الشارع دون المكلف. ومجرد علم الموكل بالغبن لايوجب عدم ثبوت الخيار .

واماالمورد الثاني- فان كان مدرك الخيارحديث لاضرركان الخيارثابتاللموكل كما افاده المصنف ره لانه الذى يتضرر من المعاملة - وان كان المدرك هو الالتزام الضمنى كان الخيار للوكيل لانه طرف المعاملة والبناء منه .

قوله قده الاان يكون وكيلا مطلقا بحيث يشمل مثل الخ وقدمر فى خيار المجلس الكلام فى معقولية هذه الوكالة فراجع .

قوله قده وقدمرذلك مشروحا الخ وفيه انه لايكون طريق المسألتين واحدا فان موضوع الخيار فى تلك المسألة عنوان البيع وهو يصدق على الوكيل وفى المقام المتضرر على مسلكه وهو لا يصدق عليه .

فيما يثبت به الجهل

قوله قده ثم ان الجهل انما يثبت باعتراف الغابن و بالبينة ان تحققت و بقول مدعيه مع اليمين الخ ظاهر كلامه جعل المغبون مدعيا لاصالة عدم العلم فيثبت قوله باعتراف الغابن له او باقامة البينة عليه او بيمينه حيث يتعذر عليه اقامة البينة عليه وفى كلامه قده موقعان للنظر (الاول) انه ان جرى الاصل المزبور لزم منه كون المغبون منكر الموافقة قوله الاصل لامدعيا - نعم - لوكان المدعى من لوترك ترك صح جعل المغبون مدعيا (الثانى) ان المانع عن ثبوت الخيار انما هو اقدام المغبون على الضرر والغبن وبه يسقط اشتراط التساوى ولايكون مشمولا لحديث نفى الضرر - والعلم من حيث هو لادخل له فى ذلك واجراء اصالة عدم العلم لاثبات اثرعدم الاقدام من اوضح انحاء الاصل المثبت (فالحق) ان يقال ان المنكر هوالغابن لموافقة قوله للاصل وهو اصالة اللزوم - وعليه - فان اقام المغبون البينة على جهله فهووالافيحلف الغابن وان رد الحلف يحلف المغبون .

قوله قده فتامل الخ لعله اشارة الى ان عدم تمكن الغابن على الحلف مطلقا ممنوع اذيمكن علمه بحاله - مع انه يمكن حلفه على عدم علمه بحال المغبون ولايعتبر حلفه على جهل المغبون فان المنكر انما يجب ان يحلف على البت فيما يرجع الى فعل نفسه واما فيما يرجع الى فعل غيره فله الحلف على نفى علمه به والمقام من هذا القبيل .

قوله قده هذا كله اذا لم يكن المغبون من اهل الخبرة بحيث لايخفى عليه القيمة الخ محصل ما افاده فى هذا المقام ان صاحبى المسالك والجامع ذكرا انه اذا كان المغبون من أهل الخبرة لايقبل قوله واورد عليهما بان غاية ماهناك موافقة قول الغابن للظاهر فالمغبون يصير مدعيا - والمدعى اذا تعسر عليه اقامة البينة لان مايدعيه لايعرف الامن قبله يقبل قوله مع اليمين والمقام من هذا القبيل - وقد ردهو ذلك بوجوه (الاول) ان مقتضى تقديم الظاهر قبول قول موافقه باليمين فتكون القاعدة المشار اليها اى سماع قول المدعى بيمينه مع تعسر البينة عليه مختصة بما اذا لم يكن قول المدعى مخالفا للظاهر (الثانى) ان عموم تلك القاعدة محل تامل - اذ لاوجه له سوى انه يلزم من عدم تقديمه ايقاف الدعوى وضياع الحقوق وهذا اللازم مختص بما اذا لم يتمكن المدعى عليه من الحلف والا لكان الفصل ممكنا - وفى المقام يتمكن المنكر من ذلك (الثالث) ان المقام غير داخل فى تلك القاعدة لانه ليس اقامة البينة متعسرة عليه نوعا - اقول - فى كلامه قده موقعان للنظر (احدهما) ان العلمين انما حكما بعدم قبول قول المغبون لامن جهة كونه مدعيا بل من جهة ان من شرط سماع الدعوى ان يكون مايدعيه محتملا بالاحتمال العقلائى والعادى والا لاتسمع الدعوى الاترى انه اذا ادعى الفقير على غنى فصا بقيمة عشرة آلاف ليرة لايسمع دعواه - و المقام من هذا القبيل فان الخبير اذا ادعى الجهل بالقيمة لغير عارض لايحتمل عقلائيا صدقه (ثانيهما) ان ما افاده فى الجواب الاول يرد عليه انه اذا ثبت كون من يكون قوله مخالفا للظاهر مدعيا كيف لايترتب عليه جميع احكام المدعى وما المخصص للقاعدة المشار اليها .

قوله قده ولو اختلفا فى القيمة وقت العقد او فى القيمة بعده مع تعذر الاستعلام الخ الظاهر ان مورد كلامه مالو اتفقا على القيمة الفعلية ومدعى الغبن يدعى تغير القيمة وانها كانت حين العقد ازيد مثلا- وفى هذا المورد ادعى المصنف ره ان اصالة عدم التغير تجرى ويثبت بها قول منكر الغبن - واورد عليه المحقق النائينى ره بان هذا الاستصحاب من قبيل الاستصحاب القهقرى ولا نقول بحجيته مع ان الاثر لم يترتب على هذا الامر الانتزاعى بل على منشأ انتزاعه وهو عدم التساوى (اقول) الظاهر ان مراد الشيخ ره من اصالة عدم التغير اصالة عدم وقوع العقد على الزايد وعليه فليس هو من الاستصحاب القهقرى ولا مثبتا فان موضوع الخيار وقوع العقد على الزايد وبه ينتفى موضوع الخيار (ولا يعارضه) اصالة عدم وقوع العقد على المساوى لعدم ترتب الاثر عليه اذ لا اثر ترتب على العقد الواقع على الزايد او الناقص - وقد اشبعنا الكلام فى هذه المسألة فى اواخر كتاب البيع فى الجزء الثالث عشر من هذا الشرح فراجع .

اشتراط كون التفاوت فاحشا

قوله قده الامر الثانى كون التفاوت فاحشا فالواحد الخ الكلام يقع فى موارد (الاول) فى اعتبار ذلك فى الجملة (الثانى) فى ضابطه (الثالث) فى مالو شك فى انه مما يتسامح فيه اولا .

اما الاول - فلا ينبغى التوقف فى اعتباره لان مدرك هذا الخيار ان كان هو الشرط الضمنى - فالشرط عدم التفاوت بمقدار لا يتسامح فيه - وان كان قاعدة لا ضرر - يكون المتعاملان مقدمين على هذا المقدار من الضرر وبنائهم على تحمله.

واما الثانى - فاحسن ماقيل فى المقام - ماعن العلامة ره من تفسيره بما لا يتغابن الناس بمثله اى لا يعدونه غبنا ولا يردون المعاملة بمثل هذا التفاوت من غير فرق بين كون التفاوت فى مقام العقد معتنى به ام لا- بل العبرة بعدم الاعتناء به فى مقام فسخ العقد - وهذا يختلف بحسب اختلاف المقامات مثلا فى المعاملات الحقيرة مع التفاوت بالنصف بل بالمساوى

لايقدمون على رد المعاملة كما اذا اشترى شيئا بقرانين يسوى قرانا واحدا - و فى المعاملات الخطيرة ربمايقدمون على الرد مع كون التفاوت بالعشر - كما اذا اشترى شيئاً بعشرة ملايين تومان و هو يسوى تسعة - فما افاده المصنف ره فى مقام الضابط كغيره لا يتم .

واما الثالث - فان كان مدرك الخيار قاعدة الضرر - فلا يمكن التمسك به لان مخصص القاعدة فى موارد الاقدام وان لم يكن لفظيا الا انه القرينة المقارنة وفى مثله لايتمسك بالعموم فيتعين الرجوع الى اصالة اللزوم - وان كان هو الشرط الضمنى فثبوته غير محرز فالمتعين الرجوع الى اصالة اللزوم ايضاً.

قوله قده و بقى هنا شىء و هو ان ظاهر الاصحاب و غيرهم ان المناط فى الضرر الخ محصل الاشكال ان المدار فى الضرر فى باب العبادات والمعاملات ان كان على الضرر المالى فلم يجب شراء ماء الوضوء باضعاف قيمته - وان كان على الضرر الحالى كما هو فتوى الاصحاب فى باب الوضوء تعين التفصيل فى خيار الغبن بين مايضر بحال المغبون وغيره - واجاب هو قده عن ذلك بجوابين (الاول) ان المدار على الضرر المالى وانما لايلتزم فى باب الوضوء للنص الخاص (الثانى) ان المدار على الضرر المالى وعدم الالتزام به فى باب الوضوء من جهة انه لايعد بذل المال فى مقابل ماء الوضوء ضررا بملاحظة ما بازائه من الاجر (ثم) انه) تنبه لاشكال وهو انه على هذين الجوابين لابد من البناء على وجوب الوضوء وان كان مضرا بحاله - فاجاب عنه - بانه انما يلتزم بعدم الوجوب لادلة نفى الحرج .

اقول فى كلامه قده موقعان للنظر (الاول) تسليمه لكون بذل المال الكثير بازاء ماء الوضوء ضررا - فانه يرد عليه - ان قيمة الماء اذا كانت فى نفسها كثيرة واكثر من ثمنه المعتاد كما لو كان الماء فى محل يعتبرون العقلاء له هذا المقدار من المالية لقلته وكثرة الحاجة اليه - لا يعد بذل الماء بازائه ضررا ماليا (الثانى) ما افاده من عدم كون بذل المال الكثير بازاء ماء الوضوء ضررا بملاحظة ما بازائه من الاجر - فانه يرد عليه - ان الاجر متوقف على ثبوت الامر وهو على عدم الضرر (مع) ان الالتزام بذلك مستلزم لعدم جريان قاعدة الضرر فى باب العبادات - فالمتحصل

مما ذكرناه انه في باب الوضوء ايضا المدار على الضرر المالى لولا النص(١) المخرج (واما) ما اورده المحقق الايروانى ره على تمسكه بقاعدة نفى الحرج (٢) بانه ياتى فى الحرج ماتقدم فى الضرر من اعتبار الحرج النوعى او الشخصى (فمندفع) بان الاشكال لم يكن مربوطا بنوعيته وشخصيته فراجع.

تصوير الغبن من الطرفين

قوله قده اشكال ذكر فى الروضة - فى اقسام الغبن ان المغبون اما ان يكون هو البايع او المشترى او هما الخ ومحصل الاشكال فى تصور غبن كل من المتبايعين انه يلزم منه كون الثمن اقل من القيمة السوقية واكثر وهو محال - وقد ذكروا فى تصويره وجوها - ذكر المصنف ره جملة منها مع مايرد عليها وقد استحسن هو قده الوجه الثالث فى كلامه ويرد عليه ايضا ما افاده من ان عبارات الاعلام لا توافقه

ويمكن ان يتصور بوجهين آخرين (احدهما) مالو فرضنا قيمة الشيء منضما - ازيد من قيمته منفردا كمصراعى الباب - بان يكون قيمة كل مصراع تومانين وقيمتهما معا ستة توامين - فباع من له مصراعان مصراعاً واحداً بتخيل انه ليس له الا ذلك بثلاثة توامين فان المشترى ح مغبون بتومان - والبايع ايضا كك من جهة زوال حيثية الانضمام الموجب لنقص ماعنده (ثانيهما) ان يكون شيء واحد مختلف القيمة بالاضافة الى شخصين كما لو فرض ان للشخص امة تسوى مائة تومان - ولها ولد يسوى مأة ايضا فباع الامة بمائة وخمسين وفرض ان الولد يموت بالتفريق بينه وبين امه - فالبايع مغبون من جهة ان الامة تسوى بالاضافة اليه باكثر من ما باعها به - والمشترى مغبون لفرض اكثرية ثمنها من قيمتها.

قوله قده بخمس تومان الخ الظاهر انه غلط - والصحيح - الخمس وهو تومان كما لا يخفى.

---

(١) الوسائل - باب ٢٦ من ابواب التيمم حديث ١ و ٢ من كتاب الطهارة.

(٢) سورة المائدة آية ٧ - سورة الحج آية ٧٧ - سورة البقرة آية ١٨٥.

ظهور الغبن كاشف عن ثبوت الخيار

قوله قده مسألة ظهور الغبن شرط شرعی لحدوث الخيار او كاشف عقلی عن ثبوته حين العقد الخ الكلام فی هذه المسألة يقع فی جهات (الاولی) فی ان مدرك هذا الخيار هل يقتضی ثبوته من حين العقد او من حين ظهور الغبن (الثانية) فی ان الحق الخياری هل هو عين السلطنة الفعلية ام غيرها (الثالثة) فی انه هل تكون السلطنة الفعلية من حين العقد او من حين ظهور الغبن(الرابعة) فی ان الاثار المجعولة للخيار هل هی باجمعها مترتبة علی الحق او علی السلطنة ام هناك تفصيل .

اما الجهة الاولی ـ فان كان مدرك هذا الخيار حديث لاضرر ـ فهو يقتضی ثبوته من حين العقد لان لزوم العقد المشتمل علی النقص المالی ضرر وان لم يكن البايع ملتفتا اليه ـ وكك ان كان المدرك الشرط الضمنی ـ فان الشرط هو التساوی بين المالين واقعا لافی اعتقاد الشارط ـ واما ان كان المدرك نصوص الغبن فيمكن ان يقال انها تقتضی حدوث الخيار بعد ظهور الغبن فانه علق الخيار فيها علی دخول السوق الذی هو كناية عن ظهور الغبن (اللهم) الا ان يقال انه يمكن ان يكون التعليق علی دخول السوق لكونه طريق الضرر.

واما الجهة الثانية ـ فالظاهر ان الحق الخياری غير السلطنة من جهة ان الخيار حق و هو امر اعتباری كـ الملكية والسلطنة التی هی عبارة عن جواز التصرفات و نفوذها غير ذلك الامر الاعتباری بل ربما تفارقه كما فی التصرف فی مال الصغير فان الحق والملك للصغير ومن له السلطنة هو الولی ـ فما افاده المحقق الايروانی ره من انه لامعنی للخيار الا السلطنة غير تام.

واما الجهة الثالثة ـ فالحق ان السلطنة الفعلية التی هی اثر الخيار ثابتة من حين حدوثه فكما ان المغبون له الخيار من حين العقد وان لم يعلم به كك له السلطنة و ان لم يلتفت اليها (فما) افاده المصنف ره فی مقام الجمع بين كلمات القوم من كون

الحق ثابتا من حين العقد والسلطنة حادثة من حين ظهور الغبن (فى غير محله).

واما الجهة الرابعة ـ فعلى ما ذكرناه فى الجهة الثالثة لافرق بين كون جميع الاثار ـ آثار الحق ـ او السلطنة ـ ام يكون هناك تفصيل ـ واما بناءاً على المسلك الاخر فالظاهر انها باجمعها آثار الحق كما هو لسان الادلة ـ نعم ـ ان كان سقوط الخيار بالتصرف بمناط كاشفيته عن الرضا الالتزام بالعقد لا يكون التصرف قبل ظهور الغبن مسقطا لانه لا يكون كاشفا عن الرضا مع الجهل (واما التلف) فجماعة وهم الاكثرون انما افتوا بكونه من المغبون قبل ظهور الغبن من جهة انهم يرون قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لاخيار له مختصة بغير هذا الخيار وجماعة آخرون ممن يرى عدم الاختصاص لعلهم حكموا بانه من المغبون من جهة انهم يرون ثبوت هذا الخيار من حين ظهور الغبن (واما) التصرفات الناقلة التى تردد المصنف ره فيها بين الامرين ـ فظاهر ماذكر فى وجه المنع من كونها تصرفا فى متعلق حق الغير المنع عنها قبل ظهور الغبن وحكم بعض من منع من التصرف فى زمان الخيار بمضى التصرف الناقل قبل ظهور الغبن ـ امامن جهة انه يرى حدوث الخيار من حين الظهور او يكون الاشكال واردا عليه.

مسقطات خيار الغبن ـ اسقاطه بعد العقد

قوله قده يسقط هذا الخيار بامور احدها اسقاطه بعد العقد وهو قد يكون بعد العلم بالغبن فلا اشكال فى صحة الخ اقول انه قده جعل صحة الاسقاط مفروغا عنها ـ مع انها محل البحث ـ فانه اذا كان مدرك هذا الخيار حديث لاضرر فقد مر ان مقتضاه نفى اللزوم خاصة لا اثبات خيار احقى قابل للاسقاط والمصالحة بل هو يلائم مع كونه جوازاً حكميا ومقتضى الاستصحاب عدم سقوطه بشىء من المسقطات (نعم) اذا كان مدركه الشرط الضمنى كان الثابت خيار كساير الخيارات القابلة للاسقاط ـ كما انه كك لو كان المدرك نصوص الغبن او الاجماع (ثم ان) الظاهر ان الاسقاط متعلق بالحق ومن الانشائيات ولا يكفى فيه الرضا النفسانى بل يحتاج الى الانشاء ـ ثم بعد ذلك يقع الكلام فيما ذكره المصنف ره من حكم صورة الخطاء فى الاعتقاد ـ والكلام فيه فى موردين ـ الاول

في الاسقاط - الثاني في الصلح .

اما الاول - فقد بنى المصنف المقام على تعدد الحق و وحدته وانه على الاول لايسقط لواسقطه بتخيل كون التفاوت عشرة فظهر مائة - وعلى الثاني يسقط (ولكن) هذا المقدار لايكفي اذ يمكن ان يقال انه على الوحدة ايضا يمكن اسقاطه على تقدير دون آخر (وفي حاشية) السيد الفقيه ره ان مبنى الوجهين ان اعتقاد مرتبة من الغبن من قبيل الداعي او التقييد فعلى الاول يسقط دون الثاني (ويرد عليه) انه ليس من قبيل الداعي ولا من قبيل التقييد اما الاول فلان الداعي هو العلة الغائية المترتبة على الفعل ومن الواضح ان الاعتقاد المزبور ليس كك - و اما الثاني فلان متعلق الاسقاط وهو الحق جزئي خارجي وهو غير قابل للتقييد (وقد يقال) ان مبنى الوجهين كون الاسقاط معلقا على كونه مسببا من مرتبة يعتقدها او انه متعلق به كائنا ما كان سببه فعلى الاول لايسقط وعلى الثاني يسقط (اقول) انه لو كان معلقا بطل الاسقاط ولو لم يكن الاعتقاد خطئاً لانه من الانشائيات (مع) ان الاسقاط بما انه من الانشائيات لايكتفي فيه و لا في قيده بالقصد المجرد بل يتوقف على الانشاء فاذا اسقط الخيار غير معلق كان منشأ سقوط الخيار كائنا ماكان سببه واعتقاد كونه من سبب خاص من المقارنات - فالاظهر السقوط

واما الثاني فالكلام فيه من حيث الصحة و البطلان ما تقدم - واما من حيث ثبوت الخيار - فقد افاد المصنف ره في وجهه انه يحصل الغبن في المصالحة من جهة انه لافرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بغبنه وبين كونه للجهل بغبنه (واورد) عليه المحقق الايرواني ره بان بناء الصلح على المغابنة فكيف يطرقه خيار الغبن - (وفيه) ان الصلح المقصود به حقيقة المعاوضة - اما لعدم امكان البيع لعدم كون المعوض عينا اولعدم وجود شرائط البيع لايكون مبنيا على المغابنة والمقام من هذا القبيل (وربما يورد عليه) بان حقيقة الصلح التسالم والغبن انما يدخل في المعاوضات (وفيه) انه لاينا في كونه عبارة عن التسالم مع كونه تمليك شيء بعوض (فالاولى) ان يورد عليه بان الغبن في المقام ايضاً من جهة الجهل بمقدار المالية لفرض ان التفاوت المحتمل كلما كان ازيد يبذل في مقابله ازيد مما يبذل في مقابله لو كان اقل - ولعله الى هذا اشار بقوله فتامل .

اسقاط الخيار قبل ظهور الغبن

قوله قده واما اسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن فالظاهر الخ

الكلام يقع اولا في الاسقاط ثم في الصلح عليه اما الاول فقد اشكل على جوازه بوجوه اربعة ـ اثنان منها متوجهان كان الغبن شرطا شرعيا ام كان كاشفا عقليا ـ واثنان منها مختصان بما اذا كان الغبن شرطا شرعيا.

اما المحذوران المشتركان (فاحدهما) انه لاجزم بالاسقاط فلايكون الاسقاط جديا لعدم تعقل الجد الى الشيء مع عدم الجزم به (وثانيهما) التعليق (اما الاول) فيمكن دفعه بان الانشاء بقصد حصول المنشأ على تقدير حصول قيده امر ممكن لااستحالة فيه (واما الثاني) فيندفع بان التعليق لادليل على مبطليته سوى الاجماع وهو على فرض شموله لجميع العقود والايقاعات المتيقن منه التعليق على مالايتوقف عليه الشيء والاكما في تعليق البيع على الملكية والطلاق على الزوجية فلامحذور فيه والمقام من هذا القبيل.

واما المحذوران المختصان (فاحدهما) ما ذكره المصنف ره وهو ان اسقاط مالم يجب كضمان مالم يجب باطل بل غير معقول (وثانيهما) ما افاده المحقق الاصفهاني ره وهو ان اسقاط الخيار لادليل على نفوذه شرعا سوى قاعدة ان لكل ذى حق اسقاط حقه والظاهر منها ان من كان له حق فعلا له اسقاطه فعلا ولاتشمل المقام.

اما المحذور الاول ـ فقد اجاب المصنف ره عنه بانه يكفي في ذلك تحقق السبب المقتضي للخيار وهو الغبن الواقعي ـ ثم نظر المقام بابراء المالك الودعي المفرط عن الضمان مع ان اشتغال ذمته بالبدل انما يكون بعد التلف ـ وبالتبري من العيوب الموجب لسقوط خيار العيب مع ان ظهور العيب شرط (ويرد) على جوابه ما تقدم في خيار المجلس من انه لاثبوت للشيء مع عدم تحقق اجزاء علته وان تحقق مقتضيه ولا سقوط حقيقة قبل الثبوت مع ان تمييز المقتضي عن الشرط في باب الاحكام الشرعية مشكل بل لايكون الموضوعات و الاسباب والشرائط مقتضيات قطعا وتمام

الكلام في محله (واما) مسألة الودعى فهى غير ثابتة - وعلى فرض الثبوت الودعى بمجرد التفريط تنتقل العين الى عهدته ومن آثار العهدة رد بدلها مع التلف وهى امر ثابت لامانع من اسقاطه واما التبرى من العيوب فالكلام فيه هو الكلام فى المقام (واما) ما افاده المحقق النائيني ره فى مقام الجواب من انه ليس اسقاطا لمالم يجب بل هو اسقاط لحق الشرط بناءاً على كون مدرك هذا الخيار الشرط الضمني - فقد تقدم فى اسقاط الخيار المشروط برد الثمن قبل الرد اندفاعه فراجع (فالحق) فى الجواب ان يقال ان اسقاط مالم يجب معلقا على ثبوته اى اسقاطه فى زمان وجوده لادليل على المنع عنه ولو سلم الاجماع عليه فهو يختص بصورة عدم تحقق السبب فلايشمل المقام

واما المحذور الثاني - فيمكن دفعه - بان القاعدة التى اشار اليها ليست مضمون رواية خاصة كى يستدل بظاهر تلك الجملة بل هى مستفادة من دليل السلطنة بالتقريب المتقدم فى خيار المجلس وهو غير مختص بالصورة المفروضة «مع» انه قد تقدم فى ذلك المبحث ان مدرك مشروعيته فحوى مادل (١) على ان التصرف انما يكون مسقطا لكونه التزاما بالعقد واسقاطا للخيار فراجع .

واما الصلح عن الحق - فقد اشكل عليه بانه مع عدم الحق المعوض عنه كيف يمكن المعاوضة الصلحية - ولذا ذهب المصنف ره الى انه لابد من ضم شيء الى المصالح عنه - وقد افيد فى وجه صحته والجواب عن هذا الاشكال امور (الاول) ما افاده السيد الفقيه قده وهو ان المعوض هو المحتمل بما هو محتمل لاالحق الواقعي وبعبارة اخرى انه احتمال الحق وهو ثابت محقق (وفيه) ان الاحتمال والمحتمل غير قابلين للنقل والاسقاط (الثانى) ما افاده المحقق الخراسانى ره وهو ان المعوض نفس الصلح فياخذ العوض بازائه لاالحق المجهول (وفيه) انه ح لامصالح عنه ولا يمكن تحقق الصلح بدونه (الثالث) ما افاده المحقق الايروانى ره من ان المعوض الرضا بالعقد ولزومه - وهو فعلى (وفيه) ان الرضا بلزوم العقد انما يكون موجبا للزوم من جهة

---

(١) الوسائل - باب ٤ من ابواب الخيار حديث ١

ان مرجعه الى اسقاط الخيار كما تقدم فى خيار المجلس - فالاظهر تمامية هذا الايراد فلا يصح الصلح عنه مع الالتزام بكون ظهور الغبن شرطا شرعيا لحدوث الخيار واما بناء على ما اخترناه من كونه كاشفا عقليا فالاشكال مندفع من اصله .

قوله قده واما ما نحن فيه وشبهه مثل طلاق الخ هذه الامثلة انما ذكرت نظيرا للمقام من حيث التعليق وعدم الجزم - لا من حيث كفاية وجود السبب فى اسقاط المسبب كما توهم .

قوله قده وضمان درك المبيع الخ الظاهر ان مراده ضمانه مع كون الثمن تالفا والاوجب دفع الثمن الى مالكه .

قوله قده ولو تبين عدم الغبن لم يقسط العوض عليه الخ والوجه فيه ان الصلح انما وقع بنحو يكون الحق المجهول جزء المعوض على تقدير وجوده والا فالضميمة مستقلة فى العوضية فلا يرد عليه ما ذكره المحقق الايروانى ره من انه لو صح الاشكال لم يجد فى دفعه ضم شىء الى المصالح عنه المجهول فان الخيار المجهول ان لم يقابل بالمال على انفراده لم يقابل بالمال مع الضميمة لوقوع جزء من العوض بازائه فيعود المحذور .

اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد

قوله قده الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار - نعم هنا وجه آخر للمنع يختص بهذا الخيار الخ استدل الشهيد ره على بطلان العقد الذى اشترط فيه سقوط خيار الغبن بلزوم الغرر (ووجهه) المصنف ره بان الجهل بصفات المبيع او الثمن انما يوجب الغرر لا لاجل الجهل بالصفات من حيث هى والا لزم بطلان البيع مع الجهل بالصفات غير الدخيلة فى التمول بل انما هو لاجل ادائه الى الجهل بالمالية ولازمه بطلان البيع فى المقام - واجاب المصنف ره عنه بجوابين نقيضين (احدهما) انه لو كان الجهل بالقيمة موجبا للغرر لزم بطلان البيع مع الشك فيها (ثانيهما) ان الخيار لا يرفع الغرر والا لزم صحة كل بيع غررى بشرط الخيار .

والحق في الجواب عنه ان يقال ان هذا الوجه اساسه امران ـ الاول ـ كون الجهل بالقيمة موجبا للغرر ـ الثاني ـ ارتفاع الغرر بالخيار (ويندفع الاول) بان الموجب للغرر الذي نهى عنه هو الجهل بذات المبيع اوصفاته الدخيلة في المالية وذلك لان غررية البيع انما هي من ناحية متعلقه وجهالة المبيع اوالثمن انما هي من ناحية ذاته اوصفاته اما جهالة قيمته السوقية غير المربوطة به فهي اجنبية عن البيع ولاتوجب الغرر (وبالجملة) الموجب للغرر هو الجهل بذات المبيع اوالصفات الدخيلة في المالية ـ لاالصفات من حيث هي ولاالمالية المجردة ـ فالجهل بالقيمة لايوجب الغرر (ويندفع الثاني) بان الخيار متوقف على صحة العقد ـ فاذا كانت صحته متوقفة على الخيار لزم الدور .

ويمكن ان يوجه كلام الشهيد ره بان شرط سقوط الخيار مع كون ثبوته غير معلوم غرري للجهل بالمشروط وهو يوجب بطلان العقد لان الشرط الفاسد مفسد والظاهر انه الى هذا نظر الصيمري في غاية المرام الملتزم بفساد العقد والشرط (ولكن يرد عليه) ان الشرط الفاسد غير مفسد (مع) ان شرط سقوط الخيار بما انه يؤل الى شرط لزوم العقد الثابت المحقق لايكون غرريا ـ فالحق صحة الشرط والعقد .

قوله قده بان الغرر في الغبن سهل الازالة الخ لعل نظره الشريف الى انه يمكن ارتفاعه بدفع الغرامة ـ ويرد عليه ان الغرر مبطل للعقد وارتفاعه لايصححه

قوله قده واما خيار الرؤية الخ الاولى ايكال البحث في ذلك الى محله .

تصرف المغبون بعد العلم بالغبن

قوله قده الثالث تصرف المغبون باحد التصرفات المسقطة للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن الخ لااشكال في مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا بلزوم العقد مع قصده ذلك فانه ح اسقاط فعلي ـ كما لااشكال في عدم مسقطية التصرف لابعنوان الالتزام بالبيع اذا كان قبل الاطلاع بل الظاهر اجماعهم عليه .

واما التصرف بعد العلم بالغبن مع عدم كونه اجازة فعلية ـ فقد استدل على

مسقطيته بطريقين-احدهما من ناحية المانع - ثانيهما من ناحية عدم المقتضى اما الاول فهواطلاق بعض معاقد الاجماعات - وعموم العلة فى خبرالحيوان - و قد تقدم الكلام عليهما فى خيار المجلس وعرفت عدم تماميتهما (واماالثانى) فتقريبه‌ان‌مدرك خيار الغبن اما حديث نفى الضرر و اما الاجماع - و الاول لايشمل المقام لانه كما لايشمل‌المعاملة الغبنية التى‌اقدم عليها - كك لايشمل المعاملة الضررية التى رضى المغبون بها بقاء فانه لايكون اللزوم بقاء ضرريابل الضرر ناش من اختيارالمغبون حقيقة - واورد المصنف ره عليه بان الشك فى الرفع لا الدفع فيستصحب الخيار - ثم امر بالتأمل.

وقدقيل فى وجه التأمل امور(منها) ما افاده‌السيد الفقيه ره وهوان الشك فى بقاء الخيارمن قبيل الشك فى المقتضى لعدم احراز مقدار استعداد المستصحب مع التصرف فلايجرى‌فيه‌الاستصحاب (ومنها) ان المورد ممايجب فيه الاستدلال‌بعموم العام لااستصحاب حكم المخصص (ومنها) ماافاده المحقق النائينى ره وهوان الشك شك فى الموضوع لان موضوع من له الخيار ليس ذات المغبون ولا العقد الغبنى بل‌يحتمل‌ان‌يكون‌لوصف عدم الرضا ولو نوعادخل فى‌الموضوع فلايجرى‌الاستصحاب - وبعض هذه الوجوه لايخلوعن النظر- ولكن فى بعضها الاخر بضميمة ان المختار عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام كفاية (ولكن) مع ذلك كله يرد على اصل الاستدلال ان مفروض البحث هو التصرف غير الكاشف عن الالتزام بالعقد و عليه فلامانع من اجراء قاعدة لاضرر.

الرابع من المسقطات التلف الحكمى

قوله قده الرابع من المسقطات تصرف المشترى المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك الخ ولنعم ما افاد بعض من ان الاولى تبديل عنوان التصرف بالتلف لان عنوان هذا المسقط ليس هوالتصرف بما هو تصرف فانه هوالمسقط السابق بل بما هواتلاف (ثم‌ان) التلف قديكون‌حقيقيا وقديكون‌حكميا

ومجموع ماذكر فى وجه المسقطية وجوه اربعة ثلاثة منها جارية فى كلا التلفين وواحد منها مختص بالتلف الحكمى ولايجرى فى التلف الحقيقى. وهى - على قسمين الاول- من طريق عدم المقتضى للخيار بعد التلف - الثانى من طريق المانع.

اما القسم الاول فهو اثنان (احدهما) ان دليل هذا الخيار اما الاجماع او قاعدة نفى الضرر - والمتيقن من الاجماع صورة بقاء العين وقد افتى المشهور بسقوط الخيار فى صورة تلفها يعنى تلف مافى يد المغبون -وقاعدة نفى الضرر انما تنفى اللزوم وتثبت الجواز والمتيقن من الجواز الثابت بها حق رد العين فاذا امتنع ردها فلا دليل على جواز فسخ العقد (وفيه اولا) ان حديث نفى الضرر ينافى اللزوم فيثبت بديله وبديل لزوم العقد جوازه وترادالعوضين غير مربوط بحديث نفى الضرر(وثانيا)انه لو تم لاختص بتلف العين الحقيقى ولا يجرى فى التلف الحكمى اى الانتقال بالعقد اللازم فان حديث نفى الضرر لحكومته على جميع الادلة يصلح لرفع لزومه و جواز حل المغبون ذلك العقد ايضا (وثالثا) ان مدرك هذا الخيار كما عرفت هو الشرط الضمنى دون حديث نفى الضرر (ثانيهما) ان اتلاف المغبون العين واخراجها عن ملكه التزام بالضرر ولو جهلا منه به و توطين للنفس على الالتزام بالبيع ولو كان مغبونا فيه واقعا والاقدام بحسب الدوام كالاقدام ابتداء فى اسقاط الخيار (وفيه) ان التصرف قبل العلم بالغبن ليس التزاما بالعقد ورضا ببقائه والا كان الاقدام على المعاملة مع الجهل اقداما على الضرر موجبا لعدم ثبوت الخيار رأسا (مع) ان الرضا بالعقد ما لم يرجع الى اسقاط الخيار لايوجب سقوطه.

واما القسم الثانى فهو ايضا اثنان (احدهما) ظهور الاجماع قال الشهيد فى محكى الروضة ان الحكم بعدم السقوط حسن ان لم يكن الحكم اجماعا (وفيه اولا) ماافاده المصنف ره من ان الظاهر عدمه (وثانيا) انه ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام (ثانيهما) ان دليل نفى الضرر فى جانب المغبون مزاحم به فى جانب الغابن

لان قبول البدل ضرر على الغابن كما ان الالتزام بالبيع ضرر على المغبون و بعد التساقط يرجع الى اصالة اللزوم (وفيه) ان ضرر الغابن ان كان بلحاظ فوات خصوصية العين فهو ضرر اقدم عليه بالبيع ـ وان كان بلحاظ النقص فى المالية والمفروض انه ياخذ مالية ماله باخذه القيمة (فتحصل) ان الاظهر عدم كونه مسقطا .

فروع

قوله قده ثم ان ظاهر التقييد بصورة امتناع الرد ـ ان الناقل الجائز لايمنع الرد الخ بناء على ما اخترناه من عدم مسقطية التلف لهذا الخيار لاكلام فى هذه الفروع ـ واما بناء على ما هو المشهور من المسقطية ـ فيقع الكلام فيها وهى فروع .

الاول ـ ان الناقل الجائز هل يمنع الرد ام لا ـ وقد استدل المصنف ره للثانى (بعموم) نفى الضرر وان مجرد الخروج عن الملك لايسقط تدارك ضرر الغبن (اقول) ان كان مدرك مسقطية التلف الاجماع صح ماذكر من عدم مسقطية الناقل الجائز وان كان غيره فحكمه حكم اللازم فانه اذا لم يفسخ العقد الجائز كما هو مفروض البحث الرد غير ممكن ـ ولو قيل ان دليل الخيار يقتضى فسخ العقد الجائز توطئة لفسخ العقد الغبنى قلنا انه يقتضى اعادة العين الى ملكه ولو بالشراء او الاقالة ـ و ان قيل انه يقتضى انفساخ العقد الجائز قلنا انه يقتضى انفساخ اللازم ايضا (وبالجملة) لافرق بين اللازم والجائز اصلا .

الثانى ماذكره ره **بقوله ولو اتفق زوال المانع كموت ولد ام الولد وفسخ العقد اللازم الخ** وقد ذكر فى مبنى الوجهين ـ امران (احدهما) انه يتمكن من الرد فله ذلك ـ وان البيع استقر وصار لازما فلايعود حق الخيار (اقول) ان مدرك مسقطية التلف ان كان تزاحم فردين من الضرر ـ او ان لاضرر انما يثبت حق رد العين لاحل العقد ـ كان الاوجه هو الاول لان سقوط الخيار ولزوم العقد انما هو لمانع عن شمول لاضرر فمع ارتفاعه لامانع من شموله ـ وان كان هو كون الناقل اللازم التزاما بالعقد

الاوجه هو الثانى كما لايخفى (ثانيهما) ان الزايل العايد كالذى لم يزل - اوكالذى لم يعد (اقول) ان الزائل فى المقام بما انه امر اعتبارى وهى الملكية فهى ان عادت بفسخ السبب كالتى لم تزل لان العائد وان كان غير الزائل بالدقة العقلية الاانه عينه اعتبار اوعرفا وان عادت بسبب آخر فالظاهر انه غيره ولواعتبارا لكن شيئا من المبنيين ليس وجها لثبوت الخيار وعود ذاك الحق وعدمه فانه وان كان العائد كالذى لم يزل يمكن ان يقال بعد سقوط هذا الحق ما السبب لرجوعه.

الثالث ماذكره بقوله وفى لحوق الاجارة بالبيع قولان الخ وقداستدل لعدم اللحوق (بان) مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك (ويرد عليه) ان مدرك سقوط الخيار فى هذه المسألة لم يكن خصوص الاجماع - ولارواية خاصة متضمنة لمسقطية التصرف المخرج عن الملك كى يستدل بظاهره - فلابد من ملاحظة ساير الادلة (والحق) هو اللحوق فان العين لايمكن ردها خارجا ولاملكا على ماهى عليه من المنفعة فان كان هذا الخيار هو جواز رد العين لامحالة يسقط فى الفرض.

الرابع ماذكره بقوله وفى لحوق الامتزاج مطلقا اوفى الجمله بالخروج عن الملك الخ الامتزاج (تارة) يوجب تلف المال من جهة الاستهلاك كما لوامتزج ماء الورد بماء مطلق كثير موجب لاستهلاكه فيه (واخرى) يوجب الشركة على القول بذلك كامتزاج دهن بدهن آخر (وثالثة) لايوجب شيئا منهما - مورد الكلام هو الوسط (اما الاول) فهو ملحق بالتلف قطعا (واما) الاخير فهو لايمنع من الرد كك - وانما الكلام فى الموجب للشركة (ثم ان) الامتزاج قديكون بملك الغابن وقديكون بملك المغبون وقديكون بملك شخص ثالث فان كان الامتزاج بملك الغابن بماهو من جنس المبيع لاارى مانعا من الرد واحتمال اعتبار رد العين متميزة لايعتنى به - واما فى ساير صور الامتزاج فالحق هو اللحوق فان الملكية المشاعة غير الملكية غير المشاعة - وهى اما عبارة عن الملكية الناقصة كما هو المختار وبيناه فى الجزء الثالث عشر - من هذا الشرح - اوعبارة عن كون كل جزء نصفه له ونصفه لشريكه وعلى التقدير الاول يتبدل الملكية

التامة المتعلقة بالنصف مثلا بالملكية الناقصة المتعلقة بالمجموع وعلى التقدير الثاني يوجب انتقال نصف ماله الى شريكه بازاء نصف مال شريكه .

الخامس ماذكره بقوله وكذا او تغيرت العين بالنقيصة الخ الاظهر فيه ايضا اللحوق فانه مع التغير بالنقيصة لا يمكن رد العين بعينها وبحدها وهو موجب لسقوط الخيار كما تقدم .

السادس ماذكره بقوله ولو تغيرت بالزيادة العينية او الحكمية الخ اقول الظاهر ان المراد من الحكمية ترقي القيمة السوقية ومن العينية الزيادة غير المنفصلة - وعليه فالزيادة الحكمية لاتمنع من الرد ان لم تكن بمقدار الغبن والا فتمنع كما تقدم عند بيان ان العبرة بالقيمة حال العقد اوبها بعده ايضا واما الزيادة العينية فعلى القول بان الشركة مانعة عن الرد كما تقدم فهي تمنع من الرد لاستلزامه الشركة كما لايخفى .

تصرف الغابن المخرج عن الملك

قوله قده واما تصرف الغابن فالظاهر انه لاوجه لسقوط خيار المغبون به الخ ماافاده كغيره وتبعه غير واحد من عدم سقوط الخيار بتصرف الغابن المخرج عن الملك وانه لاوجه لسقوطه انما يتم لو كان مدرك سقوط الخيار باتلاف المغبون هو كونه التزاما بالعقد وتوطينا للنفس على تحمل الضرر - واما لو كان مدركه تعلق حق الخيار بالرد لا العقد وهو لايمكن بعد خروجه عن ملكه - فلا فرق بين التصرفين اذ الخيار لو كان هو السلطنة على الرد ليس المراد بها السلطنة عليه خاصة بل عليه وعلى الاسترداد بل قيل انه السلطنة على الاسترداد خاصة ومع عدم التمكن من الاسترداد لامعنى للخيار ولكن قد عرفت ان الخيار لايسقط بتصرف المغبون فضلا عن تصرف الغابن .

قوله قده فان فسخ ووجد العين خارجة عن ملكه الخ لايخفى انه قول في المسألة ببطلان تصرف الغابن من جهة كونه في زمان الخيار - وتقريب وجهه ومايرد

عليه موكول الى مبحث احكام الخيار والمفروض في هذه المسألة نفوذ تصرفه (وعليه) ذكر المصنف ره وجوها ثلاثة (الاول) تسلطه على حل العقد الثاني الذي اوقعه الغابن من حين الفسخ (الثاني) تسلطه على ابطاله من اصله (الثالث) رجوعه الى البدل و الظاهر ان مراده من التسلط على حل العقد من حينه - وأبطاله من اصله - كون الفسخ موجبا لبطلانه من حينه او من اصله - فلايرد عليه ما اورده المحقق الايرواني ره من انه لاوجه لابطاله بل هي اما ان تنفسخ او تبقى نافذة لاتنفسخ بفسخه.

وقد استدل للاول - بانه مقتضى الجمع بين تسلط الناس على اموالهم(١) المقتضى لنفوذ تصرف الغابن لوقوعه في ملكه - وبين دليل الخيار المقتضى لاستحقاق العين بالفسخ (وفيه) ان الخيار ان كان متعلقا بالعقد لما اقتضى رجوع العين بعد خروجها عن ملكه وان كان متعلقا بالعين اقتضى توقف نفوذ تصرف الغابن على اذن المغبون واجازته والمحقق الاصفهاني ره (استدل) له بوجه آخر - وهو ان تصرف الغابن بدليله صحيح وفسخ المغبون يوجب حل العقد من حينه وحيث ان مقتضى الفسخ عود العين الى ملك الفاسخ فلا محالة يؤثر في انحلال التصرف المترتب على المعاملة الغبنية (ويرده) ماذكره ره من ان مقتضى الفسخ ان كان عود العين فعدم امكانه يوجب امتناع الفسخ وسقوط الحق وليس مقتضاه ولاية ذي الخيار على حل التصرف المترتب عليها وان لم يكن مقتضيا لعودها حقيقة فلاموجب لانحلال التصرف.

وقد استدل للثاني - بان دليل الخيار يقتضي استحقاق العين بالفسخ وتلقيها من الغابن وحيث ان العقد الثاني الواقع بين الغابن والمشتري متزلزل من رأسه لكون المبيع متعلق حق المغبون فالفسخ يوجب حله من رأس (وفيه) ماتقدم من ان حق الخيار ان كان متعلقا بالعقد اقتضى رجوع العين مع الامكان وبدلها مع التلف ولو تعبدا وان كان متعلقا بالعين اقتضى توقف تصرف الغابن على اذن المغبون او اجازته (مع) انه لو تمت المقدمات اقتضى انفساخ المعاملة الثانية آنا ما قبل فسخ الاولى فتحصل ان المتعين هو الوجه الثالث.

قوله قده وكذا الحكم لو حصل مانع من رده كالاستيلاد ويحتمل هنا

---

(١) البحار ج٢ ص٢٧٢ الطبيع الحديث.

تقديم حق الخيار الخ يعني ان الوجوه الثلاثة المتقدمة فى بيع الغابن جارية فى الاستيلاد بناء على تأثيره مطلقا ـ ويحتمل فيه زايدا على تلك بطلان الاستيلاد وعدم تأثيره فى المنع عن الاسترداد من جهة ان الاستيلاد يوجب حدوث حق لام الولد مانع عن انتقالها فيقع المزاحمة بين الحقين حق الاستيلاد وحق خيار المغبون الموجب لجواز الاسترداد ـ وحيث ان سبب الخيار مقدم على سبب حق الاستيلاد لانه العقد وهذا الاستيلاد فيقدم حق الخيار لسبق سببه فلا يؤثر الاستيلاد شيئاً ولو فسخ المغبون يستردها ـ ويرد هذا الاحتمال ان سبق السبب زمانا لا يوجب تقديم دليل السابق ـ مع ـ انه لا تزاحم بينهما فان حق الخيار متعلق بالعقد وحق الاستيلاد متعلق بالعين فلا منافاة بينهما ولا تزاحم .

قوله قده ثم ان مقتضى ماذكرنا جريان الحكم فى خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز الخ مراده ان الوجوه الثلاثة الجارية فى العقد اللازم جارية فى العقد الجائز لانه بالنسبة الى المغبون لازم وجوازه بالاضافة الى الغابن لا ربط له بفسخ المغبون ثم نقل عن الشهيد ره انه يلزم الغابن بالفسخ فان امتنع فسخه الحاكم وان تعذر فسخه المغبون ـ واورد عليه المصنف ره بانه لا وجه لالزام الغابن بالفسخ اذ مقتضى الوجهين الاولين انفساخ معاملة الغابن ودخول العين فى ملك المغبون فلا مورد لفسخه ومقتضى الوجه الثالث دخول بدلها فى ملكه و معه لا يستحق شيئاً على الغابن كى يوجب الزامه بالفسخ ـ ثم اورد على نفسه بانه يمكن ان يقال ان البدل انما هو للحيلولة فاذا امكن رد العين على الغابن وجب تحصيلها ـ واجاب عنه بان مورد بدل الحيلولة ما اذا كانت العين باقية فى ملكه وفى المقام تكون هى لمن انتقلت اليه من الغابن و للمغبون البدل (اقول) هذا الايراد على الشهيد يتم اذا كان مراده الزام الغابن بالفسخ بعد فسخ المغبون المعاملة و اما ان كان مراده الزامه بالفسخ قبله توطئة لفسخ المغبون فلا يرد عليه هذا الايراد ـ وعليه فالصحيح ان يورد عليه بان الزام الغابن بالفسخ مما لا وجه له.

قوله قده لو اتفق عود الملك اليه لفسخ فان كان ذلك قبل فسخ المغبون الخ

وقدافاد قده انه اذا فسخ الغابن معاملته ثم فسخ المغبون المعاملة الغبنية فالظاهر وجوب رد العين- واما ان تملكها الغابن بعقد جديد ثم فسخ المغبون فالظاهر عدم وجوب ردها(ومحصل)ماذكره ره في مقام الفرق-ان الفسخ انما يرفع السبب الناقل ويوجب صيرورته كالعدم فتعود الملكية السابقةوهذا بخلاف التملك بسبب آخر فانها غير الملكية السابقة فاذا كان الغابن مالكا بالملكية السابقة والمفروض فسخ المغبون والفسخ يعدم السبب و يوجب تملك الفاسخ بالملكية السابقة فلا محالة تعود هي اليه و ان كان الغابن مالكاً بملكية جديدة فالفسخ لا يوجب انتقالهـا اليه فتدبر (وفيه) ان المغبون له ان يرجع العين الى ملكه بمقتضى حديث لاضرر اوغيره و بحسب الدليل لافرق بين كونهاملكاللغابن بالملكية الجديدةاوالسابقة(مع)ان الملكية جديدة على اى تقدير اذ المعدوم لايعود فتامل.

تصرف الغابن الموجب للنقيصة

قوله قده ولو تصرف الغابن تصرفامغير اللعين الخ اقول يقع الكلام في مقامات (الاول) في التصرف الموجب للنقيصة(الثاني) في التصرف الموجب للزيادة(الثالث) في الامتزاج-اماالاول فقدقسمه المصنف ره الى قسمين (احدهما) مايوجب النقيصة بالنقص الموجب للارش (ثانيهما) مايوجب النقيصة بما لا توجبه ومراده-من الاول نقص وصف الصحة المساوق للعيب - وبالثاني - نقص وصف الكمال - لا النقص المالي - و غير المالي - لجعله العين المستاجرة من القسم الثاني - وكيف كان فالكلام يقع في موردين:

الاول- في النقصان الموجب للارش- و قد استدل على ضمان الغابن للنقص بوجوه (الاول) ما في المتن وحاصله انوصف الصحة الفائت مضمون بجزءمن العوض فاذا رد تمام العوض وجب رد مجموع المعوض فتدارك الفائت منه ببدله (و فيه) ان الوصف سواءاكان من قبيل وصف الصحة اوكان من قبيل وصف الكمال- كان مقوماً للمال وموجبا لازدياد المالية ام لم يكن- لايقابل بجزء من العوض والمصنف ره ايضا

ملتزم بذلك فلا وجه لعود بدله ان كان تالفا (الثانى) ان مقتضى قاعدة (١) التلف فى زمان الخيار ممن لاخيار له بناء على شمولها لخيار الغبن ولتلف وصف الصحة ضمان الغابن للنقص (وفيه) ان تلك القاعدة لاتشمل خيار الغبن ـ ولا الاوصاف (الثالث) ان الفسخ يوجب رجوع العين على ما هى عليه حين البيع ليكون العائد ما وقع عليه العقد و لازم ذلك ضمان كل وصف فائت سيما اذا كان الفوت بفعل الغابن كما هو المفروض (اقول) هذا وجه متين وسيأتى تمام الكلام فيه فى مسألة تلف احد العوضين او كليهما فانتظر.

المورد الثانى فى النقصان غير الموجب للارش ـ فان كان وصفا لامالية له ولا يوجب ازدياد المالية لا اشكال فى عدم ضمان شيء والا ـ فان كان مدرك الضمان فى المورد الاول الوجه الاول او الثانى لم يكن عليه شيء فى المقام فان وصف الكمال غير مقابل بجزء من الثمن قطعا ـ كما انه غير مشمول لقاعدة التلف فى زمان الخيار و ان كان هـو الوجه الاخير كان الا وجه الضمان فى المقام اذ لا فرق فى اقتضاء الفسخ الذى حقيقته ما عرفت بين فوات وصف الصحة او الكمال فتفصيل المصنف ره بينهما فى غير محله.

قولـه قده و منه ما لو وجد العين مستاجرة الخ الكلام فيه تارة فى حكم الاجارة واخرى فى تدارك المنفعة المستوفاة بالاجارة اما الكلام من الجهة الاولى (فقد استدل) لانفساخ الاجارة بان ملكية العين بما انها متزلزلة فملكية المنافع ايضاً كذلك لانها تابعة لها (و فيه) ان ملكية العين فى زمان تتبعها ملكية المنفعة الى الابد فيصح لمالك العين استيفائها بالاجارة فاذا صحت الاجارة شملها ادلة لزومها فلا وجه للانفساخ.

واما الكلام من الجهة الثانية فالحق ان الفسخ يوجب تدارك النقص المالى الوارد على العين بسبب استيفاء منافعها بالاجارة فان المنافع شئون و حيثيات قائمه بالعين موجبة للمالية فحيث ان المفسوخ عليه اتلفها باستيفائها بالاجارة فيكون ضامنا لها ـ ثم انه لايهمنا النزاع فى انه هل يضمن اجرة المثل للمنافع ـ او النقص

---
(١) الوسائل ـ باب ٥ من ابواب الخيار

المالى الوارد على العين انهما متطابقان دائما .

تصرف الغابن الموجب للزيادة

واما المقام الثانى - فالكلام فيه فى موردين (الاول) فى الزيادة الحكمية وهى ماليس لها ما بحذاء فى الخارج كقصارة الثوب - وملخص القول فيه ان الزيادة ان لم تكن موجبة لزيادة القيمة لااشكال فى عدم الشركة ولافى عدم استحقاق اجرة العمل - اما الاول فواضح - واما الثانى - فلانه عمل عملا فى ملكه - وان كان لها دخل فى زيادة القيمة (ففى المتن) فالظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة ملك الزيادة بان يقوم العين معها ولامعها ويؤخذ النسبة (واورد عليه) المحقق الايروانى بانه لاوجه للشركة بعد عدم حصول امتزاج مالين من شخصين فان المال جميعا لواحد واما الوصف فذلك لايقابل بالمال بل يوجب زيادة قيمة الموصوف (وفيه) ان منشأ الشركة ان الوصف الحادث الموجب لازدياد القيمة الباقى لايدخل هو ولا ما هو معلوله و اثره و هو زيادة القيمة فى ملك الفاسخ بل يكون باقيا فى ملك المفسوخ عليه وحيث ان ذلك المقدار من المالية غير متميزة واقعا فلامحالة تحصل الشركة .

المورد الثانى - فى الزيادة العينية المحضة كالغرس - والكلام فيها فى جهات .

الاولى - فى انه هل للغابن سلطنة على الابقاء فلايجوز للمغبون قلعه ولا اجبار المالك بالقلع - ام لا - نسب الى المشهور الاول - وقد استدل له بوجوه (الاول) ان الغرس وقع من اهله فى محله فالغارس مالك للغرس بوصف الشجرية وبعبارة اخرى الغارس بغرسه الشجر قد استوفى منفعة الارض مادام غرسه باقيا فيكون الغرس كالاستيفاء الاعتبارى بالاجارة فبالفسخ ينتقل العين بدون هذه المنفعة المستوفاة بالغرس الى المغبون فلامنفعة له حتى يكون له السلطنة على المنع من استيفاء الغابن (وفيه) ان استيفاء المنفعة اما ان يكون حقيقيا او اعتباريا وشىء منهما لايكون فى هذه المنفعة بعد الفسخ (اما الاول) فلان استيفاء هذه المنفعة انما يكون تدريجيا بانتفاع الشجرة

بتشربها من اعماق الارض - ومن الضروري ان ما كان منه بعد الفسخ لايكون حاصلا بمجرد الغرس (واما الثانى) فهو مفروض العدم فمنفعة الارض تعود الى المغبون (الثانى) ما فى حاشية السيد ره (و حاصله) ان مقتضى الجمع بين تسلط مالك الارض على ماله - وتسلط مالك الشجر على غرسه بما هو غرس الذى يكون عرقه حقا هو سلطنة مالك الغرس على الابقاء غاية الامر مع الاجرة (وفيه) ان مالك الشجر مسلط على ماله و هو الشجر لاعلى انتفاع الشجرة بتشربها من اعماق الارض والابقاء مستلزم لذلك ايضاً (الثالث) ان سلطنة المغبون على القلع ولو بمعنى المنع عن ابقاء الشجر تستلزم تضرر الغابن بصيرورته حطبا وقاعدة نفى الضرر حاكمة على دليل السلطنة كساير ادلة الاحكام (و فيه اولا) انه يعارض ذلك بتضرر المغبون ببقاء الغرس فى ملكه وبعد التساقط يرجع الى القواعد الاولية (وثانيا) انه مع العلم بالغبن قد اقدم على ذلك فلايشمله قاعدة نفى الضرر فتدبر - فالاظهر ان له السلطنة على المنع من البقاء .

الجهة الثانية فى انه على فرض السلطنة على عدم البقاء هل يجوز للمغبون مباشرة القلع ام له مطالبة المالك بالقلع فان امتنع يجبره الحاكم - او يقلعه هو وجوه - والاظهر هو الاخير فانه و ان لم يكن له من ابتداء الامر القلع لانه تصرف فى مال الغير وهو غير جائز الا انه بعد امتناعه يجوز له قلعه اما لانه اسقط حرمة ماله بالامتناع اولان توقف جواز القلع على الاذن ضررى مرفوع بالحديث وعلى اى حال لادليل على لزوم الرجوع الى الحاكم فانه انما يرجع اليه فى موردين (الاول) فيما اذا كان لشخص حق على الاخر وامتنع من عليه الحق منه فانه يرجع اليه لكونه ولى الممتنع (الثانى) فيما اذا كان لشخص ولاية على تصرف لازم عليه - و المقام ليس داخلا فى شيء من الموردين اما الاول فلانه لاحق للمغبون على الغابن - واما الثانى - فلان الغابن لاولاية له على التصرف بل انما يجب عليه القلع فقط - فالاظهر هو الرجوع اليه فان امتنع قلعه بنفسه .

الجهة الثالثة فى انه لوقلعه هل يستحق الغابن ارش الغرس ام لا - و جهان

قداستدل للاول بمافى المتن (وحاصله) ان الغابن مستحق لصفة منصوبية الغرس فاذا زال هذا الوصف بقلع المغبون غرم له تفاوت مابين كون الغرس منصوبا وغير منصوب - (وفيه) ان الغابن فى ابتداء الامرغرس بحق و لكن بعدما فسخ المغبون المعاملة و انتقلت العين بما لها من المنافع الى المغبون يكون بقاء الغرس ومنصوبيته فى هذا المكان بقاء بغير حق فلاموجب للارش كيف و ليس لعرق ظالم حق فالحق انه لايستحق الارش .

قوله قده مضافا الى مفهوم قوله (ص)(١) ليس لعرق ظالم الخ قدمر ان المقام داخل فى منطوق قوله .

قوله قده و من ان الغرس انما وقع فى ملك متزلزل ولا دليل على استحقاق الغرس الخ محصل هذا الوجه ان الغابن يستحق الغرس مع وصف منصوبيته نعم لايستحق المنصوبية فى المكان الخاص وعليه فلمالك الارض قلعه مع الارش - اما القلع فلعدم استحقاق الغابن النصب فى هذا المكان- واما الارش فلفوات وصف المنصوبية (وفيه) ان المتحقق وصف خاص وهو النصب فى مكان خاص لاوصفين النصب والنصب فى مكان خاص ليستحق الغابن احدهما دون الاخر- فمع عدم استحقاقه ذالك الوصف لاحق له على صاحب الارض لو قلعه- وبذالك يظهر مافى تحقيق المصنف ره .

قوله قده و كـونه مالا للمالك على صفة النصب الخ حاصل الاشكال انه اذا استحق الغابن خصوصية النصب ولذا تكون ملحوظة فى مقام التدارك يستحق الابقاء وهومضاد لاستحقاق المغبون القلع (ومحصل الجواب) ان هناك امرين- النصب والنصب فى مكان خاص والذى يضاد حق المغبون الثانى -والذى يكون منشأ الغرامة هو الاول- وقد عرفت ما فيه فلانعيد .

(**قوله قده فيشبه بيع الارض المغروسة الخ** ما ذكرناه فى المقام يجرى بعينه فى تلك المسالة فان البايع اذا باع العين من غير استثناء شىء من المنافع و انتقلت المنافع الى المشترى يكون بقاء الغرس بغير حق فلايستحق شيئاً (نعم) فى تلك المسألة

---

(١) الوسائل - باب ٣ من ابواب الغصب

يمكن ان يقال بظهور البيع مع استثناء الشجر فى استثناء هذه المنفعة و استحقاق البقاء بخلاف المقام فانه بالفسخ يعود العين مع جميع منافعها و صفاتها بلااستثناء شيء منها .

قوله قده ويحتمل الفرق بين المقامين الخ (وفيه) ان الدخول فى ملك الغير هناك وان كان حدوثه بغير فعل المالك الا انه بقاء يكون بفعله فان ابقاء الاغصان فى دار الغير اشغال للفضاء .

قوله قده واما لو اختار المغبون الابقاء ـ لان انتقال الارض الى المغبون بحق سابق الخ كون الانتقال بحق سابق اولاحق لادخل له فى استحقاق الاجرة بل المدار فيه انتقال هذه المنفعة من الارض الى المغبون وعدمه اذ على الاول يستحق الاجرة ولايستحقها على الثانى .

قوله قده واما الزرع ـ لان له امدا ينتظر ولعله لامكان الجمع بين الحقين الخ واورد عليه المحقق الايروانى ره بان دفع الاجرة لوكان ساد اللضرر فى الزمان القصير لكان ساداً له فى الزمان الطويل (وفيه) ان دفع الاجرة ساد من حيث المالية فى الموردين والفرق بينهما انما هو من ناحية نقص الارض من حيث القيمة ـ فان اشتغال الارض بالغرس فى المدة الطويلة يوجب نقص قيمتها بخلاف اشتغالها بالزرع فانه لايوجب نقص قيمتها لقصر المدة فتدبر (نعم) يرد عليه قده ما اورده اولا وهو ان مناط استحقاق القلع لم يكن هو الضرر بل مناطه عدم استحقاق صاحب الغرس للمكان وهذا مشترك بين الموردين .

قوله قده ولو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الارض منعه الخ

قدمر انه لاحق لمالك الغرس فى الارض ولالمالك الارض فى الغرس فله ان ينقله الى مكان آخر ولاارى وجها لجواز منعه الا من جهة استلزامه التصرف فى ارض الغير وعلاجه مراجعته فى ذلك فان امتنع قلعه بنفسه او تصداه الحاكم ـ وعليه اجرة طم الارض ـ بل اجرة المثل من يوم الغرس الى يوم القلع ـ وبما ذكرناه يظهر ما فى كلمات القوم فى المقام .

التغير بالامتزاج

واما المقام الثالث - وهو التغير بالامتزاج - فقبل الدخول فى البحث لابد من تقديم امرين .

الاول ان خلط مال بمال يتصور على وجوه (الاول) ان يكون بنحو لايتميز احدهما من الاخر حسا كامتزاج الخل بالعسل الموجب لحصول حقيقة ثالثة (الثانى) ان يكون بنحو يتميز حسا ويكون كل من المالين باقيا على ماهو عليه من الصورة (الثالث) ان يكون بنحو لايتميز حسا ولا يحصل صورة ثالثة ويعد احد الخليطين مستهلكا فى الاخر وتالفا كخلط ماء الورد بالنفط - ومورد الشركة هو الوجه الاول ودليله مضافا الى الاجماع ان الخصوصية الشخصية لكل من المالين زالت وتلفت والتالف لايتعلق به تكليف اووضع فمالك المال قبل الامتزاج لايمكن ان يكون مالكا لشخص ماله بعد الامتزاح فلامحالة يوجب التلف الاشاعة قهرا - ولافرق فى ذلك بين المتحدين وصفا والمختلفين (فما) افاده المحقق الايروانى ره ، بان دليل الشركة هو الاجماع المختص بالمتماثلين ذاتا ووصفا (غير تام) .

الثانى ان للشركة مراتب (الاولى) الشركة فى العين بنسبة المالين فى المقدار كما فى مزج الجنس بالجنس مع تساويهما فى الصفات - والوجه فيها ان التالف خصوص الخصوصية الشخصية لااصل المال ووصفه وماليته (الثانية) الشركة فى العين بمقدار المالية لاالوزن كما فى المزج بغير الجنس كمزج الخل بالعسل اذ الفائت ح غير الخصوصية الشخصية الصورة النوعية فلامحالة يشتركان فى قيمة الممزوج ولكن من نفس الممتزج (الثالثة) الشركة فى الثمن كما فى قصارة الثوب - اذا عرفت هذين الامرين - فاعلم - ان الامتزاج تارة يكون بغير جنسه واخرى يكون بجنسه .

اما المورد الاول فان كان على وجه الاستهلاك عرفا فهو فى حكم التالف ويرجع الى قيمته كما فى المتن وان كان لاعلى وجه يعد تالفا كالخل الممتزج مع الانجبين - فقد (ذكر) المصنف ره فيه وجهين - احدهما الشركة لحصول الاشتراك قهرا

لوكانا لمالكين-ثانيهما كونه كالمعدوم لتغير حقيقته (واورد) المحقق الايرواني ره على الوجه الثاني بانه لو كان هذا كالتالف كان الممتزج الاخر ايضا كالتالف لان نسبة الصورة الحادثة بالامتزاج الى كل من الممتزجين نسبة واحدة ولازم ذلك ان لايكون الممتزج مالا لواحد منهما مع ان ذلك باطل بالضرورة (اقول) تنقيح القول في المقام بنحو يظهر ما هو الحق ويجاب عن ايراد المحقق الايرواني ره ان الشركة انما تكون في مالين لشخصين و امـا اذا حدثت الصورة الثالثة في حال يكون المالين لمالك واحد فلامعنى لحصول الشركة ـ وعليه فلو مزج الغابن الخل الذى اشتراه بالانجبين ثم فسخ المغبون المعاملة لامعنى لرجوع الخل بالفسخ الى صاحبه لعدم بقائه والصورة الثالثة لم تملك بالبيع كي تعود بالفسخ فلابد من اجراء حكم التلف عليه وهو رجوعه بماليته الى الفاسخ (واما) ما في المتن من ان حكمه ارتفاع الخيار (فالظاهر) ان مراده ارتفاعه على وجه يوجب رجوع العين .

حكم الامتزاج بالجنس

واما المورد الثاني فالكلام فيه في مواضع (الاول) في الامتزاج بالمساوى (الثاني) في الامتزاج بالاردى (الثالث) في الامتزاج بالاجود .

امـا في الموضع الاول فقد حكم المصنف ره بالشركة (واورد عليه) المحقق الاصفهاني ره بما حاصله ان المزج ان كان بمال الاجنبي وحصلت الشركة بين الغابن و الاجنبي لايبقى مجال لعود العين اذ يستحيل عود الملك الاستقلالي بعد زواله و الملك الاشاعي لم يكن بسبب البيع حتى يوجب فسخه عوده الى المغبون ليكون شريكا للمغبون ـ وان كان الامتزاج بمال الغابن فلاشركة قبل الفسخ اذا لانسان لايكون شريكا لنفسه وفسخ العقد ان اوجب رجوع العين الى المغبون حقيقة فلاشركة وان لم يوجب رجوع العين نظرا الى ان الامتزاج يمنع عن اعتبار الملك الاستقلالي شرعا فلاعود للعين (اقول) يمكن ان يكون نظر الشيخ ره الى انه وان لم يمكن عود العين بـالفسخ فيعد بحكم التالف الا انه حيث يمكن ان يرجع بعض العين

ممتزجاً بما هومثله كان ذلك متعينا فى مقام اداء التالف فيتعين ارجاع ذلك ولهذا يحكم بالشركة.

واماالموضع الثانى -فقد احتمل المصنفره فيه وجوها(احدها)الشركة بنسبة المالين ويكون الغابن ضامنا لارش النقص (ثانيها) الشركة فى العين بمقدار المالية (ثالثها)الشركةفى قيمة العين وقداختار المحقق النائينى ره الوجه الاول وعلله بانه اذا امكن الشركة فى العين بنسبة المالين لاتصل النوبة الى المرتبتين اللاحقتين(وفيه) انه لاوجه للشركة فى العين اذا العين كما عرفت فى الموضع الاول بحكم التالف وليس رد بعضها ممتزجا بالاداء اقرب الى التالف (وعن) المحقق الاصفهانى ره اختيار الوجه الثالث نظرا الى انه وان لم يكن وجه للشركة فى العين الا انه حيث يمكن عود العين بماليتها من المالية الشخصية فهو المتعين لانه اقرب من المالية المطلقة(اقول)هذا يتم اذا كان المال من القيميات والظاهر انه من المثليات فتعين دفع المثل ان امكن والا فما افاده متين اللهم الا ان يقال ان المالية الخاصة اقرب الى التالف من المثل ولا بعد فيه وعليه فيتعين ذلك .

واماالموضع الثالث- فقد احتمل المصنف ره فيه احتمالين- احدهماالشركة بنسبة المالية - ثانيهما - الشركةفى الثمن - ثم رد الاول بانه يستلزم الربا - ووجهه انتقال ثلث المجموع الى المغبون بازاء نصفه فانه بالامتزاج يعطى النصف ويأخذ الثلث ومع وجود ساير الشرائط من كون المبيع من المكيل والموزون وعموم حرمة الربا لكل معاوضة ولوكانت قهرية يتوجه حكم الربا (اقول) هذا الوجه وان لم يكن تاما لعدم شمول دليل حرمة الربا للمعاوضة القهرية (ولكن) بما ذكرناه فى الموضعين الاولين ظهر ضعف الاحتمال الاول فالمتعين هو الثانى .

حكم تلف العوضين

قوله قده بقى الكلام فى حكم تلف العوضين وتفصيله ان التلف اما ان يكون فيما وصل الى الغابن الخ اقول ان حكم التلف لابدوان يذكر فى احكام

الخيار وانما اشار اليه المصنف ره فى المقام من جهة ان المشهور بين الاصحاب ان تصرف المغبون قبل العلم بالغبن المخرج للمال عن ملكه مسقط لخياره - فتوهم ان التلف ايضاً كك بل هو اولى بان يكون مسقطا فذكر حكم التلف فى المقام لتنقيح ذلك (ثم انه) لافرق بين تلف مافى يد المغبون وتلف مابيد الغابن فى الاحكام الامن جهتين نشير اليهما فلا وجه للبسط والاطناب فى بيان الاحكام لكل منهما مستقلا فلنفرض تلف مافى يد المغبون وبه يظهر حال تلف مافى يد الغابن - وحق القول فيه يقتضى التكلم فى جهات .

الاولى فى انه هل يوجب سقوط الخيار ام لا - و محصل القول فيها - انه ان قلنا بان هذا الخيار متعلق بالعوضين وحقيقته جواز الرد والاسترداد - كما هو مقتضى الوجه الذى ذكره العلامة و وجهه المصنف ره لمسقطية التصرف تعين البناء على مسقطية التلف بل هو اولى بان يكون مسقطا فانه فى التصرف يمكن ان يقال بجواز الرد وانفساخ معاملته وفى المقام لاسبيل الى ذلك وبهذا يظهر امر ان (احدهما) ان المصنف ره الملتزم بمسقطية التصرف من جهة ماافاده فى تلك المسألة ليس له البناء على العدم فى المقام (ثانيهما) ان ظاهر المتن ان التلف اولى من التصرف فى عدم صحة الاستدلال مع ان الامر بالعكس (واما) ان قلنا (بان هذا الخيار كساير الخيارات متعلق بالعقد فحيث ان العقد باق مع تلف العين ايضا فلاوجه لسقوط الخيار بالتلف - و الاظهر هو الثانى (نعم) لو قلنا بشمول قاعدة(١) التلف فى زمان الخيار ممن لاخيار له لخيار الغبن يكون التلف بافة سماوية موجبا لكون تلف ما عند المغبون من الغابن و انفساخ العقد - ولكن المبنى فاسد كماسيأتى .

الثانية ان قيمة التالف التى يرجع اليها اهل هى قيمة يوم التلف كما احتمله المصنف ولعله ظاهر الاكثر ام قيمة يوم الفسخ كما ذهب اليه جماعة - ام قيمة يوم الاداء كما عليه المحقق الخراسانى ره - وجوه (وجه الاول) ان القيمة فى يوم التلف يقوم مقام العين فى

---

(١) الوسائل - باب ١٠ من ابواب الخيار

كونها متعلقة لحق الخيار (ووجه الثانى) ماافاده السيد الفقيه من ان الانتقال الى الغابن انما هو من حين الفسخ فلابد من اعتبار قيمته حينه لا حين التلف الذى كان للمغبون (ووجه الثالث) انه فى موارد الضمانات تكون العين ثابتة فى الذمة الى حين الاداء ولذا بنينا على ان الضامن يدفع قيمة الاداء - وفى المقام وان كان التالف حين تلفه للمغبون فلا يكون ضامنا الا ان البيع بما هو متزلزل ومتعلق لحق الخيار فتعتبر العين باقية فى عهدة من هى عنده و الفسخ يقتضى عود العين التى تكون فى العهدة الى الفاسخ وعليه فيتعين قيمة يوم الاداء وبه يظهر مافى الوجهين الاولين.

الثالثة انه لو اتلف المال الاجنبى - فهل الفسخ يقتضى الرجوع الى الغابن - او المتلف - صريح المصنف ره فى المقام الرجوع الى الاجنبى وفى تلفه ماعند الغابن يذكر وجوها وظاهره اختيار ان المغبون يرجع الى الغابن ويذكر له وجهين جاريين فى المقام ايضا - وكيف كان فقد استدل على الرجوع الى طرف المعاملة بوجهين احدهما - ان العوض يرجع الى الغابن فيؤخذ منه المعوض او بدله - وفيه - انه اذا اتلف الاجنبى المال تثبت العين فى عهدته ومقتضى الفسخ رجوع العين الى المغبون وحيث انها فى عهدة الاجنبى فيرجع اليه - ثانيهما - ان الغابن يملك القيمة على الاجنبى وليس لشيء واحد الا قيمة واحدة فلا يعقل رجوع المغبون الى الاجنبى - وفيه - ما تقدم من ان العين تثبت فى عهدته فالاظهر انه يرجع الى الاجنبى ولكن لا يتعين ذلك بل له ان يرجع اليه وله ان يرجع الى المفسوخ عليه لان المال كان فى عهدته قبل وضع الاجنبى يده عليه.

الرابعة انه لو اتلف الغابن مافى يد المغبون ثم فسخ المغبون العقد - فقبل الفسخ كانت العين التالفة فى عهدة الغابن - وبعده تثبت فى عهدة المغبون ونتيجة ذلك سقوط العهدة بالنسبة الى كل منهما كما لا يخفى.

قوله قده ويحتمل التخيير اما الغابن فلانه ملك البدل و اما المتلف فلان المال المتلف فى عهدته الخ اقول هذا الاحتمال وان كان هو الاظهر كما عرفت الا انه لما ذكرناه لا لما افاده قده فان مبنى احد فردى التخيير فى كلامه اشتغال ذمة المتلف

بالقيمة. ومبنى الاخر دخول العين فى العهدة وهما متقابلان

ثبوت خيار الغبن فى غير البيع

قوله قده الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضة مالية الخ -

اقول الكلام يقع فى مقامين. الاول فى شمول دليل هذا الخيار لغير البيع - الثانى فى قابلية الصلح فى ذاته للخيار - اما المقام الثانى فقد تقدم الكلام فيه فى خيار الشرط فراجع. واما المقام الاول - فان كان مدرك هذا الخيار هو الاجماع - كان مختصا بالبيع لانه المتيقن من معقده و ان كان غيره من الشرط الضمنى - اونفى الضرر(١) - اوآية التجارة (٢) - اوآية لاتاكلوا (٣) - اوخبر(٤) تلقى الركبان. اوخبر (٥) غبن المسترسل سحت لم يكن مختصا بالبيع لعدم الفرق فى هذه الادلة بين البيع وغيره من المعاوضات المالية المبنية على المداقة - وحيث ان المختار كون مدركه الشرط الضمنى فلاوجه لدعوى الاختصاص (ثم انه) بناء على المختار - ان كانت المعاملة مبنية على تساوى المالين نوعا كالبيع والاجازة والصلح القائم مقامهما جرى فيها خيار الغبن الامع الاقدام على المعاوضة بالغا ما بلغ فانه ح يكون مسقطا لشرط التساوى وان كانت بعكس تلك و كان بنائها على التسالم والتجاوز عن الحق كائنا ما كان - كالصلح الواقع فى مقام رفع الخصومة - لا يكون هذا الخيار ثابتا فيها لانه يسقط شرط التساوى - وان لم تكن مبنية لاعلى ذلك ولا على هذا - كالجعالة - فثبوت هذا الخيار فيها وعدمه يدوران مدار الاشتراط وعدمه .

---

(١) الوسائل باب ١٢ - و٧ - من ابواب كتاب احياء الموات وغيرهما من الابواب المتقدم اليها الاشارة فى ص ١٢٥ .

(٢-٣) النساء الاية ٢٩

(٤) وهو النبوى المروى عن غير طرقنا المتقدم ص ١٢٤

(٥) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار - حديث ١

قوله قده وفى غاية المرام التفصيل الخ قد عرفت تماميته

قوله قده و حكى عن بعض التفصيل بين كل عقد الخ بما حققناه ظهر تمامية ما افاده هذا البعض فلا حاجة الى التكرار ودفع ما اورده المصنف قده عليه

فى كون هذا الخيار على الفور او التراخى

قوله قده مسالة اختلف اصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور او على التراخى على قولين الخ لا يخفى ان هذا النزاع جار فى كل خيار لم يكن لمدة الخيار تحديد من الشرع كخيار العيب ونحوه ـ وتنقيح القول فى المقام يقتضى التكلم فى موارد (الاول) فى استصحاب الخيار الذى هو مدرك القول بالتراخى (الثانى) فى عموم (١) اوفوا بالعقود و انه هل يتمسك به فى زمان الشك ام لا الذى هو مدرك القول بالفور (الثالث) فى انه على فرض المناقشة فى كليهما هل هناك مايرجع اليه لتعيين احدهما املا •

استصحاب الخيار

اما الاول فقد اورد على التمسك به بوجوه الاول مافى المتن (وحاصله) انه اذا كان دليل الحكم لفظياً مشخصا للموضوع وكان الشك فى بقاء الحكم مع احراز الموضوع يجرى الاستصحاب ـ واما اذا كان غير لفظى اولفظيا غير مشخص له وكان يحتمل كون الموضوع عنوانا لا يكون باقيا فلا يجرى الاستصحاب للشك فى بقاء الموضوع ـ والمقام من قبيل الثانى فان دليل هذا الخيار الاجماع او حديث لاضرر ولا يكون الموضوع مشخصا فى شىء منهما ولعله العاجز عن تدارك الضرر بالفسخ لا المتضرر بما هو متضرر فلا يكون الاستصحاب جاريا (وفيه اولا) ان الموضوع ليس هو العاجز قطعا لانه لا يبقى مع الخيار ونفس الخيار رافع للعجز فلا يعقل ان يكون هو الموضوع له

---

(١) المائدة الاية ٢

(نعم) يمكن ان يقال بكونه علة لثبوت الخيار لكن ذلك اجنبي عن دخله في الموضوع (وثانيا) ان ماافاده لو تم فانما هو لو قلنا بان المعتبر في الاستصحاب بقاء الموضوع الدليلي واما ان قلنا بان المعتبر بقاء الموضوع العرفي وان لم يكن الموضوع الدليلي باقيا كما هو مبناه في الاصول فلا يتم فان الميزان ح بقاء الموضوع بنظر اهل العرف الذي يرونه موضوعا بواسطة مناسبة الحكم والموضوع.

الثاني ماافاده المحقق النائيني ره من ان الشك في بقاء الخيار في المقام شك في المقتضي لا في الرافع فانه لايشك في مسقطية شيء للخيار بل في بقاء الخيار بحسب طبعه في عمود الزمان مع قطع النظر عن طرو زماني عليه ـ فلايجري (وفيه) ان الخيار انما يشك في بقائه لو تمكن المكلف من اعماله ولم يعمله واما مع قطع النظر عن ذلك فله استعداد البقاء في عمود الزمان فليس من قبيل الشك في المقتضي (مع) ان الحق جريان الاستصحاب في موارد الشك في المقتضي ايضاً.

الثالث ماافاده المحقق النائيني ره ايضا وهو ان دليل هذا الخيار ان كان هو حديث لاضرر يكون الموضوع عنوان المتضرر ـ وحيث انه يحتمل ان يكون الموضوع هو الموصوف فيكون باقيا وان يكون هو الوصف فلايكون باقيا فلايكون بقاء الموضوع محرزا فلايجري الاستصحاب (وفيه) اولا ان عنوان المتضرر ووصفه يكون باقيا ومجرد تمكنه من تداركه لايرفعه ـ وثانيا ـ ان المعتبر بقاء الموضوع عرفا لادليلا كما تقدم.

الرابع ـ ماافاده المحقق النائيني ره ايضاً وهو ان مدرك هذا الخيار ان كان حديث لاضرر يكون الموضوع هو ـ الحكم المعنون بالضرر ويدل الحديث على رفعه فلزوم العقد ان كان ضرريا يكون مرفوعا والا فلا ـ ومن يتمكن من اعمال الخيار ولو آناما فاللزوم ليس ضرريا عليه اصلا فالقضية المتيقنة غير المشكوك فيها باسرها موضوعا ومحمولا ونسبة (وفيه) بعد اصلاحه بارادة كون اللزوم بعد ذلك الان ضرريا اقدم عليه والحديث يرفع حكم مالم يقدم عليه ان مدرك هذا الخيار عندنا وعنده هو الشرط الضمني ولازمه ثبوت الخيار للشخص فمع الشك في بقائه يستصحب (فالحق)

ان هذا الاستصحاب لا محذور فيه سوى كونه من قبيل استصحاب الحكم والمختار عدم جريانه لمحكوميته لاستصحاب عدم الجعل على ماحققناه فى محله .

التمسك بآية الوفاء بالعقد عند الشك

واما المورد الثاني فالكلام فيه في جهتين (الاولى) في انه اذا ورد عام افرادى يتضمن العموم الازماني وخصص ذلك بخروج بعض افراد العام عن الحكم ـ بالتخصيص في بعض الازمنة ثم شك في ان خروجه عنه في تمام الازمنة او بعضها فهل يرجع في زمان الشك الى عموم العام ام لا ـ (الثانية) فى خصوص (١) اوفوا بالعقود .

اما الاولى فتفصيل الكلام فيها في الاصول وانما نشير الى ماهو الحق في المقام بنحو الاجمال (وحاصله) ان المصنف ره ذهب الى ان العام ان كان له عموم ازماني وكان كل زمان موضوعا مستقلا لحكم مستقل لينحل العموم الى احكام عديدة بتعدد الزمان يتمسك بعموم العام فانه من عدم التمسك به يلزم التخصيص الزايد ـ واما اذا لم يكن له عموم ازماني بهذا المعنى بل كان الزمان ظرفا للحكم وكان المجعول حكما واحدا مستمر الموضوع واحد فلا يتمسك به فانه ليس في خروجه عن تحت العام دائما زيادة تخصيص في العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن (اقول) يرد عليه امران ـ الاول ـ انه لابد من التمسك بالعام في المورد الثاني ايضا ـ وذلك يبتني على بيان مقدمات (منها) ان الاطلاق عبارة عن رفض القيود وعدم دخل شيء من الخصوصيات لادخل جميع القيود (منها) ان العام الذى اخذ الزمان ظرفا لاستمرار حكمه له حيثيتان احداهما عمومه الافرادي ـ ثانيتهما اطلاقه الزماني بمعنى ان مقتضى اطلاقه استمرار الحكم الثابت لكل فرد في الزمان المستمر (منها) ان المطلق اذا خرج منه فرد بقي الباقي بنفس الظهور الذى استقر فيه اولا ـ اذا عرفت هذه الامور تعرف انه بعد مضي زمان التخصيص يتمسك بعموم العام لابحيثية عمومه بل بحيثية اطلاقه

---

(١) المائدة الاية ٢

بلافرق بينه وبين ساير المطلقات (لايقال) انه اذا ثبت الحكم بعد ذلك الزمان لايكون استمرار للحكم الاول بل هو حكم آخر فيلزم تعدد الواحد (فانه يقال) ان معنى استمراره الثابت بالاطلاق المزبور ليس استمراره خارجا بل جعل ظرف واحد لهذا الحكم الوحداني لاجعل حصتين من طبيعي الظرف (فان قلت) ان المطلق لهظهور واحد في معنى واحد مستمر فاذا انقطع لاظهور يتمسك به (قلت) ان التقييد انما يكون لقيام حجة اقوى من الحجة المزبورة فلايرفع اليد عن ذلك الظهور الواحد. وتمام الكلام في محله.

الثاني انه لوتم ماافاده كان مختصا بما اذا كان التخصيص من الوسط - واما اذاكان فرداً خارجا عن العام من الاول - فمن عدم التمسك بالعام بعد مضى زمان التخصيص يلزم التخصيص فى العموم الافرادى ايضافنفس عمومه من تلك الحيثية يكفى فى الحكم بثبوت حكم العام والتمسك به.

ثم ان فى المقام وجهين آخرين احدهما للمحقق اليزدى - والاخر للمحقق النائينى ره ذكراهما لعدم جواز التمسك بالعام بعد مضى زمان التخصيص اذالم يكن له عموم زمانى - وقد اجبنا عنهما فى الاصول وليس المقام مقام ذكره فالحق هو التمسك بالعام مطلقا. واما الجهة الثانية - فالحق انه لاعموم زمانى له بنحو يكون العقد فى كل زمان موضوعا مستقلا - ولكن له اطلاقا زمانيا بمقتضى مقدمات الحكمة وانه لولم يكن حكما ثابتا فى عمود الزمان لزم لغوية جعله اذلااثر للزوم العقد فى زمان واحد (ثم انه) بناء على مااخترناه من ثبوت الخيار من حين العقد يكون الخارج خارجا من الاول فيتمسك بالعام حتى على المسلك الاخر.

اصالة فساد فسخ المغبون

واما المورد الثالث فقد تمسك المصنف ره للقول بالفور باصالة فساد فسخ المغبون مراده بها بحسب الظاهر استصحاب بقاء الملكية الثابتة قبل فسخ المغبون وقد تقدم فى مبحث المعاطاة ان هذا الاصل يجرى ولايرد عليه شىء مما اورد عليه.

فتحصل - ان مقتضى العمومات والاستصحاب هو القول بالفور ولكن بما ان مدرك خيار الغبن هو الشرط الضمنى فمادام لم يجز العقد ولم يلتزم به يكون الخيار باقيا - ولا يرد عليه بان تجويز ذلك ضرر على من عليه الخيار - فانه لاضرر عليه مع فرض انه غير ممنوع من التصرف فى زمان الخيار - فالاظهر انه على التراخى .

قوله قده نظير ما اذا ورد تحريم فعل بعنوان العموم الخ التنظير بالتحريم من جهة انه يقتضى الدوام والاستمرار مع كون الزمان ظرفا محضا غير ماخوذ فى موضوع الحكم .

قوله قده فان اللازم هنا استصحاب حكم الخاص الخ وربما يورد عليه بان مدار جريان استصحاب حكم الخاص على كون الزمان ظرفا فى دليل الخاص لاعلى كونه ظرفا فى دليل العام (ولكن) يمكن الجواب عنه بانه قده يصرح فى الاصول بانه اذا كان الزمان قيدا فى دليل الخاص يستكشف منه كونه قيدا فى دليل العام ومثل لذلك بما اذا ورد اكرم العلماء - ثم ورد لاتكرم زيدا يوم الجمعة قال اذ الاستثناء قرينة على اخذ كل زمان فردا مستقلا فح يعمل عند الشك بالعموم وعلى هذا اذا كان الزمان ظرفا بالنسبة الى حكم العام يكون ظرفا بالنسبة الى الخاص فلامانع من جريان الاستصحاب من هذه الجهة .

قوله قده ثم انه بنى المسألة بعض المعاصرين على ما لامحصل له فقال مالفظه ان المسألة مبنية الخ محصل مايفيده هذا المحقق - ان المسألة مبنية على ثبوت العموم الزمانى وعدمه - وعلى الاول يحكم بانه على الفور وعلى الثانى يحكم بانه على التراخى فهو ممن لايفرق فى التمسك بعموم العام بين ان يكون الزمان ظرفا له ام قيدا كما اخترناه - وقد ذكر فى وجه وجود العموم فى المقام امرين (احدهما) ان معنى الوفاء العمل بما يقتضيه العقد ابدا و لو من جهة ان مفاد العقد الدوام (ثانيهما) القطع بانه ليس المراد بالاية الوفاء بالعقد آنا ما بل على الدوام - وذكر فى وجه عدمه ان معنى اوفوا بالعقود ترتيب اثر الملكية فى اول الوهلة وعلى الثانى انه انما يحكم ببقاء الملكية من جهة ان شأن الملكية المطلقة البقاء مالم يرفعها

رافع - وانما يحكم باللزوم للاستصحاب (وعليه) فعلى الاول بما ان العموم موجود فمع الشك فى الخيار يتمسك به ويحكم بعدم الخيار - وعلى الثانى - مع الشك فى الخيار بما ان الخيار ثابت قبل ذلك فيستصحب بقائه وهو حاكم ومقدم على بقاء اثر العقد ثم انه قده يختار الاول ومحصل ماذكره فى وجهه ان اللزوم ووجوب الوفاء المستفاد من الاية الشريفة انما لايحكم ببقائه لوزال علته - واما مع بقائها كما فى الاية من جهة ان علته المعاهدة على الملكية الدائمية وهى باقية فاللزوم ايضاً باق .

قوله قده مبنى لطرح العموم والرجوع الى الاستصحاب الخ هذا على مسلك المصنف ره من التفصيل فى التمسك بالعموم بين كون الزمان ظرفا ام قيدا - و اما على مبنى المستدل الذى هو المختار عندنا فاستدلاله تام لايرد عليه هذا الايراد .

قوله قده ففيه ان الكل متفقون على الاستناد الخ يرد عليه انه ايضاً ممن يتمسك بعموم الاية ولكن يقول انه على فرض عدم العموم للاية يكون مدرك اللزوم الاستصحاب فاستصحاب الخيار يقدم عليه للحكومة .

قوله قده وفيه تامل الخ وجهه ماتقدم من انه لاضرر على الغابن مع جواز تصرفاته فيما انتقل اليه .

المرادمن الفورية

قوله قده ثم ان مقتضى ما استند اليه - هى الفورية العرفية الخ لايخفى ان الفورية قسمان- فورية حقيقية وهى اول مراتب الامكان دقة- وفورية عرفية و لها مراتب (منها) مالايلزم من الاقتصار عليه حرج على من له الخيار (ومنها) ما هو اوسع من ذلك كالامثلة المذكورة فى كلام العلامة ره (و منها) ما هو اوسع من ذلك و هو ما اذا لم يلزم منه ضرر على من عليه الخيار الا ان هذا اللفظ لم يرد فى الدليل كى يقع النزاع فى المراد منه - بل لابد من الرجوع الى دليل الفورية واستخراج الحكم - وقد عرفت ان دليل الخيار لااطلاق له فيشك فى الخيار بعد مضى زمان يتمكن من انشاء الفسخ والمرجع فيه عموم اوفوا بالعقود

وعليه ـ فاذا كان الفسخ غير متوقف على شيء سوى قول فسخت فالمتعين هو البناء على الفورية العرفية بالمعنى الاول كمالايخفى .

قوله قده ثم ان الظاهر انه لاخلاف فى معذورية الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة الخ اقول ان مدرك القول بعدم ثبوت الخيار مع العلم بالغبن وحكمه ـ انما هو انه مع ذلك لايكون شارطا بالشرط الضمنى تساوى المالين ـ ويكون مقدما على الضرر فالضرر انما يجيء من ناحية اقدامه و حديث لاضرر لايرفع مثل ذلك (وعليه) فلاوجه للتوقف فى معذورية الجاهل بالجهل المركب والغافل ولو كان جهله عن تقصير ـ فانه مع ذلك يكون شارطا وغير مقدم على الضرر (وتوهم) ان العالم بالخيار لايبقى خياره والمفروض ان الجاهل بالحكم غير معذور فيجرى عليه حكم العالم (فاسد) فان الحكم ببقاء الخيار مع الجهل ليس من جهة الجهل بعنوانه بل من جهة كون الجاهل مشمولا لدليل الخيار بالتقريب المتقدم ـ مع ـ ان هذا الحكم ليس لزوميا كى يكون مقصرا غير معذور فى عدم تعلمه فيكون محكوما بحكم العالم

قوله قده ولو ادعى الجهل بالخيار الخ هذه الدعوى نظير دعوى الجهل بالغبن وقد تقدم الكلام فيها فى المسالة الثانية من مسائل خيار الغبن.

خيار التاخير

قوله قده الخامس خيار التأخير قال فى التذكرة من باع شيئاً ولم يسلمه الى المشترى ولاقبض الثمن الخ المشهور بين الاصحاب ان من باع شيئا ولم يسلمه الى المشترى ولاقبض الثمن ولاشرط تاخيره لزمه البيع ثلاثة ايام فان لم يجيء المشترى بالثمن فى الثلاثة يتخير البايع بين الفسخ والصبر و المطالبة بالثمن وعن جماعة دعوى الاجماع عليه (وعن) ظاهر المبسوط و الاسكافى ـ و صريح الكفاية والحدائق بطلان البيع وانفساخه بعد الثلاثة (وتوقف) فى الحكم جماعة منهم المحقق الاردبيلى ره ـ وقد استدل للمشهور بوجوه .

احدها حديث(١) لاضرر فان صبر البايع بعدم تصرفه فى المبيع مع عدم اخذه الثمن - وضمانه وتلفه منه لكونه من التلف قبل القبض ووجوب حفظه المبيع للمشترى ضرر عليه فينفى بالخبر (وفيه اولا) ان هذا لاينطبق على ما بنوا عليه سعة وضيقا نفيا واثباتا (وثانيا) انه قد تقدم فى خيار الغبن انه لا يصح الاستدلال به على نفى اللزوم وثبوت الخيار (وثالثا) ان هذه المعاملة قبل مضى الثلاثة محكومة باللزوم وخارجة عن تحت الحديث بالنص و الاجماع - فلا يصح التمسك به بعدها بناء على عدم جواز التمسك بما لا عموم زمانى له بعد مضى زمان التخصيص (و رابعا) ان الضرر من ناحية كون تلفه منه لا يرتفع بالحديث لقاعدة كل مبيع تلف الخ ومن الناحيتين الاخيرتين يمكن التخلص منه بالالتزام بان له اخذ المبيع مقاصة عن الثمن .

ثانيها ان مقتضى اطلاق العقد تسليم المبيع و تسلم الثمن على غير وجه المسامحة عرفا وحيث انه غير منضبط عرفا حدده الشارع الاقدس بثلاثة ايام فمرجعه الى الشرط الضمنى والخيار عند تخلف الشرط - وهذا فى الجملة وان كان متينا الا انه لا يثبت به ما افتى الاصحاب به من اختصاصه بالبايع وغير ذلك من القيود .

ثالثها النصوص - كصحيح (٢) زرارة عن الباقر عليه السلام عن الرجل يشترى من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول حتى آتيك بثمنه - قال عليه السلام ان جاء فيما بينه وبين ثلاثة ايام والا فلا بيع له وصحيح (٣) على بن يقطين عن ابى الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن قال عليه السلام فان الاجل بينهما ثلاثة ايام فان قبض بيعه والا فلا بيع بينهما وخبر (٣) اسحق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام من اشترى بيعا فمضت ثلاثة ايام ولم يجىء فلا بيع له.

وتحقيق القول فى هذه النصوص - ان محتملات هذه النصوص ثلاثة (الاول)

---

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار

(٢-٣-٤) الوسائل - باب ٩ - من ابواب الخيار حديث ١ - ٣ - ٤

انه يشترط فى صحة البيع القبض فى الثلاثة ـ فمع عدم القبض فى الثلاثة لايكون البيع صحيحا من الاول استظهره السيد من النصوص (الثانى) صحة البيع قبل مضى الثلاثة وبطلانه بمضيها مع عدم القبض او انفساخ العقد بذلك (الثالث) عدم لزوم العقد بالتاخير عن الثلاثة وصيرورة اللازم جائزا ـ والمشهور على الاخير ـ والاخرون على الثانى ـ (والاول) خلاف الظاهر فان ظاهر النصوص سئوالا وجوابا تمامية البيع قبل مضى الثلاثة ونفى البيع من حين مضيها ـ فيدور الامر بين الاخيرين والمصنف بعد اعترافه بظهورها فى انفسها فى الاول منهما ـ ذهب الى ان هناك قرينتين صارفتين عن هذا الظهور (احداهما) فهم الاصحاب وحملهم الاخبار على نفى اللزوم (ثانيتهما) ان قوله عليه السلام فى اكثر تلك الاخبار لابيع له ظاهر فى ارادة انتفاء البيع بالنسبة الى المشترى خاصة وحيث ان نفى الصحة لايعقل من احد الطرفين ـ فلامحالة يكون المراد منها نفى اللزوم ثم اورد على الثانى منهما بان فى رواية ابن يقطين فلابيع بينهما ولاجله تردد فى ظهورها فى نفى اللزوم قال ولا اقل من الشك فيرجع الى استصحاب الاثار المترتبة على البيع (اقول) يرد على القرينة الاولى ان فهم الاصحاب من حيث هو لايصلح صارفا عن الظهور مالم يوجب الاطمينان بوجود القرينة الصارفة وحيث انه يحتمل ان يكون منشأه القرينة الثانية فلايعتمد عليه ـ فالعمدة بيان حال الثانية (قد يقال) ان ظاهر تلك الجملة نفى الصحة من جهة كونه من قبيل نفى الحقيقة نظير لاصلاة الابطهور (وفيه) ان نفى الحقيقة فى المخترعات الشرعية كالصلاة صحيح ـ واما فى الامور الحقيقية الخارجية او الاعتبارية العقلائية فلايصح فتامل (والحق) ان هذه الجملة مسوقة لبيان نفى الحكم بلسان نفى الموضوع وظاهر ذلك فى نفسه وان كان عدم ترتب الحكم الشرعى على البيع من غير فرق بين الصحة واللزوم ـ لاما افاده المحقق الايروانى ره من ان ظاهره نفى البيع المحكوم باللزوم شرعا وعرفا دون مطلق البيع ـ الا ان قوله لابيع له بعد ملاحظة ان الصحة غير قابلة للتبعيض بخلاف اللزوم ظاهر فى ارادة نفى اللزوم وبعبارة اخرى ان المنفى هو البيع للمشترى لا البيع مطلقا ـ فمعنى هذه الجملة انه ليس للمشترى بيع يستحق به قبض المبيع من البايع بخلاف البايع فان امر البيع

بيده فله مطالبة المشترى بالثمن وله ترك ذلك بحل البيع ـ واما قوله عليه السلام فى خبر ابن يقطين فلابيع بينهما فلاينا فى ذلك لصدق النسبة اليهما بلحاظ احدهما (لايقال) انه يحتمل ان يكون المراد بالبيع المنفى المبيع كماهو المراد منه فى قوله من اشترى بيعا فقوله لابيع له ايضا ظاهر فى فساد البيع وانفساخه (فانه يقال) انه خلاف الظاهر جدا ومجرد استعماله فيه فى صدر الحديث لايصلح قرينة لذلك ـ فتحصل ان الاظهر ماهو المشهور بين الاصحاب.

قوله قده مندفع بان اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة الخ ماافاده قده وان كان متينا فان الصحة عبارة عن كون هذه المعاملة مشمولة لماامضاه الشارع وحكم بثبوت الملكية بعدها ـ واللزوم عبارة عن عدم السلطنة على حل المعاملة لانه من انحاء وجود الملكية كما افاده السيد ـ الا انه لو كان فصلا حقيقيا لها لماكان ذلك مانعا عن اجراء الاستصحاب فان تبدل مثل هذا الفصل عند العرف لايوجب تبدل الموضوع ولذا بعد تبدل الجواز فى البيع باللزوم بانقضاء المجلس مثلا لايرى العرف الابقاء الملكية الثابتة فى المجلس.

شرائط خيار التاخير ـ اعتبار عدم قبض المبيع

(قوله قده ثم انه يشترط فى هذا الخيار امور احدها عدم قبض المبيع ولاخلاف فى اشتراطه ظاهرا الخ وقد استدل لاعتبار هذا الشرط بقوله (ع) فى خبر (١) على بن يقطين المتقدم فان قبض بيعه بناء على ان البيع هنا بمعنى المبيع (واورد) عليه باحتمال قرائة قبض بالتخفيف وبيعه بالتشديد يعنى قبض البايع الثمن واجاب المصنف ره عنه بجوابين (احدهما) ان استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر بل لم يوجد (ثانيهما) اجراء اصالة عدم التشديد نظير اصالة عدم المد فى لفظ البكا الوارد فى قواطع الصلاة (ولكن) يرد على الاول منعه ـ و على الثانى ان التشديد والتخفيف من انحاء

---

(١) الوسائل باب ٩ ـ من ابواب الخيار حديث ٣

وجود الكلمة كالجهر والاخفات فاصالة عدم التشديد تعارض اصالة عدم التخفيف - مع ان المخفف مبائن بحسب الهيئة مع المشدد ولايقاس ذلك باصالة عدم المد فان مقتضى المد زيادة الهمزة فيمكن اجراء اصالة عدم الزيادة بخلاف المقام - فالانصاف انه حيث يحتمل قرائة بيعه بالتشديد - وقرائة قبض بالتخفيف فمفاد هذه الجملة اعتبار قبض البايع الثمن - ويحتمل قرائة قبض بالتشديد سواء قرأ بيعه بالتشديد او التخفيف فيكون مفادها اعتبار اقباض المبيع ويحتمل قرائة بيعه بالتشديد مع قرائة قبض بالتخفيف فمفادها ايضا اعتبار اقباض المبيع ولامعين لاحد الاخيرين فتكون مجملة لايستفاد منها اعتبار اقباض المبيع - فالاظهر عدم اعتباره (ثم ان) هاهنا فروعاً متفرعة على اعتبار هذا الشرط .

احدها انه اذا بذل المشترى الثمن والبايع امتنع عن اخذه واقباض المبيع هل يثبت الخيار املا والظاهر عدم الخيار لا لما افاده السيد ره بان المدار فى الاخبار على عدم مجيئه بالثمن فمع بذله لاخيار - فان هذا الوجه يتم بالاضافة الى عدم قبض الثمن لا بالاضافة الى عدم اقباض المبيع بل لما افاده المصنف ره من ان ذلك كالقبض بملاحظة ملاك الخيار وهو الارفاق بالبايع وحيث ان عدم اقباض البايع مع بذل المشترى الثمن بامتناع منه فلاموجب للارفاق فلاخيار لعدم الملاك .

ثانيها انه لو قبضه المشترى على وجه يكون للبايع استرداده كما اذا كان بدون اذنه مع عدم اقباض الثمن ففيه وجوه ثالثها التفصيل بين استرداده وعدمه - رابعها ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان عن البايع بهذا القبض وعدمه وقد اختار المصنف ره الوجه الرابع. ومحصل ما افاده فى وجهه ان ثبوت الخيار للبايع انما يكون من جهة الضرر وهو انما يكون من جهات (احداها) من جهة وجوب حفظ المبيع لمالكه وعدم جواز تصرفه فيه (ثانيتها) من جهة تاخير الثمن وعدم الانتفاع به مدة. (ثالثتها) من جهة ان ضمان المبيع وتلفه منه - والضرر من الجهتين الاولتين يتدارك بالتمكن من المقاصة باخذ المبيع - والضرر من الجهة الاخيرة يندفع بالالتزام بعدم الضمان فلو بنينا على ارتفاعه به لايبقى محل للخيار والا فالخيار باق - (وفيه) اولا ما تقدم من

ان مدرك هذا الخيار ليس هو حديث نفي الضرر بل النصوص الخاصة - وثانيا - ان ذلك لو تم فانما هو في صورة امكان الاسترداد ومعه يرتفع الضرر من الناحية الثالثة - فان تلفه وان كان منه الا انه لا من حيث تلف مال الغير بل من حيث انه ماله - وثالثا - انه لا يجوز التقاص مع عدم اقباض الثمن مطلقا بل مع امتناعه عن الاقباض كما لا يخفى (و استدل) للثالث بانه مع عدم استرداده يكون اذنا في القبض بقاء وهو يكفي (وفيه) ان صورة عدم الاسترداد مع التمكن منه اظن انها خارجة عن مورد النفي و الاثبات (واستدل للاول اى كون هذا القبض كلا قبض مطلقا بالانصراف - اى انصراف النصوص عن صورة تحقق القبض على غير الوجه الماذون فيه (ولكن) مع ذلك الاوجه هو الثاني من جهة ان مدرك اعتبار هذا الشرط قوله عليه السلام ان قبض بيعه فلو كان كل منهما بالتخفيف كان مفاده عدم الخيار مع قبض المشتري المبيع ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن البايع وعدمه .

ثالثها لو مكن المشتري من القبض فلم يقبض - ففيه وجوه - اختار المصنف ره سقوط الخيار على القول بارتفاع الضمان وعدمه على القول بعدم الارتفاع (والحق) ان يقال انه ان قلنا بان التمكن والتخلية بنفسه قبض فلا اشكال في السقوط و الا فمقتضى الجمود على ظواهر النصوص عدم سقوطه .

رابعها انه لو قبض بعض المبيع فهل هو كلا قبض - او كالقبض - او يبعض الخيار وجوه - اظهرها الاول لظهور قوله عليه السلام (فان قبض بيعه) في صحيح (۱) علي بن يقطين الذي هو المدرك لهذا الشرط في ارادة قبض المجموع لا البعض .

اعتبار عدم قبض مجموع الثمن

قوله قده الشرط الثاني عدم قبض مجموع الثمن الخ هذا الشرط مما اتفقت على اعتباره كلمات الاصحاب ونصوص الباب انما الكلام في فروع - الاول - انه لو قبض البعض فهل يسقط الخيار ام لا - وجهان - استدل العلامة ره للثاني بخبر ابن الحجاج (۲) المروي في المتن الاتي وتنظر فيه المصنف ره واورد عليه المحقق النائيني ره بان ابن عياش في ذلك الخبر قد فهم من كلام الامام عليه السلام اعتبار قبض المجموع

۱-۲-الوسائل باب ۹- من ابواب الخيار حديث ۳-۲

و عدم كفاية قبض البعض والمتنازعان قد قنعا بما حكى عن الامام عليه السلام فاستدلال العلامة ره به فى محله (و فيه اولا) ان الخبر ضعيف السند لان ابن عياش لم يثبت وثاقته ولا كونه شيعيا بل الظاهر كونه عاميا (وثانيا) ان فهم ابن عياش والمتنازعين لاتكون حجة علينا (وثالثا) انه ليس فى الخبر مايشهد بان ابن عياش فهم من كلام الامام عليه السلام عدم كفاية قبض البعض كيف وهو غير متضمن الالبيان نقل عبارة الامام عليه السلام فى مقام الحكم ولايتضمن تمييز المحكوم له عن المحكوم عليه ـ و بما ذكرناه ظهر انه مضافا الى عدم صحة الاستدلال به لايكون هو معتضدا لمايستفاد من النصوص فالمتعين الاستدلال له بظهور الاخبار لانه يصدق انه ما قبض الثمن.

الفرع الثانى انه لوقبض البايع الثمن بدون اذن المشترى فهل هو كلاقبض مطلقا ـ اوكالقبض الماذون فيه ـ ام يفصل بين كونه بحق كما اذا عرض المبيع على المشترى فلم يقبضه ـ فهوكالقبض الماذون فيه ـ وبين كونه بباطل فلايسقط الخيار كما اختاره المصنف ره وجوه (وقداستدل) المصنف ره لما اختاره بان ظاهر الاخبار وان كان اعتبار وقوعه بالاذن ـ الاانه اذاكان القبض عن حق يكون الاخبار منصرفة عنه ولايتضرر البايع لامن جهة تاخير الثمن كما هو واضح ولامن جهة ضمان المبيع لان له دفع الضرر عن نفسه باقباض المبيع فاذا لم يقبض كان هوالمقدم على الضرر بخلاف مااذاكان القبض عن غير حق فانه لايتمكن من دفع ضرر الضمان الابالوقوع فى ضرر التاخير (وفيه اولا) ان المتعين ملاحظة النصوص لاالضرر (وثانيا) انه اذاكان القبض بغير اذن لواقبض البايع المبيع يحل له التصرف فى الثمن فهومتمكن عن دفع الضرر فى الفرضين باقباض المبيع من دون ان يقع فى ضرر التاخير (وثالثا) ان عدم جواز تصرفه فى الثمن حتى مع عدم اقباض المبيع لم يدل عليه دليل ومجرد ان له الامتناع عن اقباض الثمن لايصلح شاهد العدم جواز تصرفه فيه بعد كونه ملكاله (واستدل) للاول بان المدار فى الاخبار على مجيء الثمن ولايصدق ذلك فى المفروض (وفيه) ان هذا العنوان لاموضوعية له قطعا ولذا لوفرض كونه مقبوضا له قبل ذلك

اوفي ذمته لايحتاج الى شيء آخر بل هو طريق الى وصول الثمن الى البايع المتحقق في الفرض فالاظهر هو الثاني ويؤيده ان قبض الثمن ارتضاء للبيع فيكون مسقطا للخيار من هذه الجهة ولعل سر تعبير الاصحاب عن هذا الشرط بعدم قبض الثمن هو ذلك .

الفرع الثالث بناء على اعتبار الاذن لوقبض البايع الثمن قبل مضى الثلاثة واجاز المشترى بعد مضيها فهل هى كاشفة فالخيار ساقط - ام مثبتة فهو باق وجهان اختار المصنف ره الثاني - واورد عليه المحقق الايرواني ره بقوله الظاهر انه لاثمرة لهذا البحث فان الرضا المذكور ان كان كاشفا اوكان مؤثراً في كون القبض اذنيا من الحين كان مقتضاه عدم الخيار اما على الاول فواضح واما على الثاني فلان اجازة القبض السابق تدل على الرضا بالمعاملة وهو من مسقطات الخيار (وفيه) ان الرضا بالمعاملة ان كان مسقطا للخيار فهو رضا من له الخيار ومن له الخيار في المقام هو البايع والراضي هو المشترى- وكيف كان فالاظهر هو الثاني - فان القول بالكشف انما يكون في تاثير العقد في الملكية التي هي امر اعتبارى واما في الامور الخارجية كاتصاف العقد بكونه مجازا فلا يعقل فيه الكشف والا لزم انقلاب الشيء عما وقع عليه (وعليه) ففي المقام اذا كان المسقط للخيار القبض الماذون فيه في الثلاثة فالاجازة بعدها لاتوجب اتصاف القبض في الثلاثة بكونه ماذونا فيه فالمتعين هو البناء على عدم الكشف .

الشرط الثالث والرابع

قوله قده الشرط الثالث عدم اشتراط تاخير تسليم احدالعوضين الخ

قد استدل له بان المتبادر من النص غير ذلك (توضيحه) انه لو اشترط تاخير الثمن فحيث ان الشرط في ثبوت الخيار عدم مجيء المشترى بالثمن وهذا انما هو فيما من شانه ان يجيء به ومع اشتراط التاخير ليس من شانه ذلك فيكون الفرض خارجا عن مورد النص - ولو اشترط تاخير المبيع - فحيث ان الشرط عدم اقباض البايع

فيما وظيفته الاقباض فلايشمل مااذاكانت وظيفته عدم الاقباض .

قوله قده الشرط الرابع ان يكون المبيع عيناً اوشبهه كصاع من صبرة نص عليه الخ الكلام فى هذا الشرط يقع فيموارد (الاول) فيما يستفاد من كلمات الاصحاب (الثانى) فيما تقتضيه قاعدة نفى الضرر (الثالث) فى مقتضى النصوص الخاصة

اما المورد الاول فقد اتعب المصنف ره نفسه الزكية لاثبات ان المشهور بين الاصحاب اعتباره - ولكن يرد عليه (اولا) ان غاية مااثبته قده سكوت الفقهاء عن بيان حكم غير المبيع الشخصى وهذا لايدل على الاختصاص (وثانيا) انه معارض بان الشهيد ره نسب الخلاف الى الشيخ فقط وقد نسب التعميم الى الاكثر وعن الاحتجاج دعوى الاجماع عليه (وثالثا) انه غير بالغ حد الاجماع (ورابعا) انه لو كان بالغاحده لماكان حجة بعد معلومية مدرك المفتين -

واما المورد الثانى - فقد افاد المصنف ره ان قاعدة(١) نفى الضرر تقتضى الاختصاص اذ المبيع الشخصى مضمون على البايع قبل القبض فيتضرر بضمانه وعدم جواز التصرف فيه وعدم وصول بدله اليه بخلاف الكلى - واورد عليه السيد الفقيه بانه يكفى فى لزوم الضرر لوكان المبيع كليا ضرر الصبر عن الثمن وان لم يكن ضمان - وفيه - ان ضررية تاخير الثمن انما تكون من جهة عدم وصول ما انتقل اليه وحرمانه من التصرف فيما انتقل عنه والافمجرد حرمانه عن الانتفاع بالثمن لايعد ضررا بل هو عدم النفع ومعلوم ان هذا يختص بالمبيع الشخصى ولكن الذى يسهل الخطب ان المدرك لهذا الخيار ليس هو حديث نفى الضرر .

واما المورد الثالث فالالفاظ الواقعة فى النصوص الماخوذة موضوعا لهذا الخيار ثلاثة - البيع - المتاع - الشيء .وقد ادعى المصنف ره اختصاص الجميع بالشخصى (اما الاول) فبدعوى ان المراد بالبيع المبيع وهو قبل البيع يطلق على العين الشخصية باعتبار معرضيته للبيع ولامناسبة فى اطلاقه على الكلى (وفيه اولا) ان اطلاق المبيع ليس باعتبار المعرضية اذليس هنا هذا العنوان بل باعتبار المشارفة والاول وعليه فكما يشمل الشخصى يشمل الكلى (وثانيا) ان اطلاقه فى خبر اسحاق بن عمار انما

---

(١) ص٢٥

يكون على نحو الحقيقة لقوله من اشترى بيعاً اذمن المعلوم ان الاشتراء انمايكون بعد البيع فهذا الاطلاق حقيقى ويصدق على الكلى ايضا (واما الثانى) فالانصاف انه مختص بالشخصى لان المتاع ما يتمتع به وينتفع به ومن المعلوم انهذا شأن الشخصى دون الكلى مضافا الى قوله يدعه فانه ظاهر فى الشخصى ـ وما افاده المحقق الايروانى ره من ان المراد به عدم قبضه الشامل للكلى خلاف الانصاف ـ الا انه لامفهوم له كى يدل على عدم ثبوت الخيار فيما اذا كان المبيع كليا فيعارض مع غيره ويقيده (واما الثالث) فربما يدعى اختصاصه بالشخصى اوجهين (الاول) ان الشيئية مساوقة للوجود فهو لايصدق على الكلى (وفيه) ان هذا وان كان تاما الا انه لااختصاص له بالوجود الخارجى بل يشمل كل ماله نحو من الثبوت ومن انحائه الثبوت فى الذمة (الثانى)ماافاده المصنف ره وحاصله ـ ان ارادة الشخصى منه على العموم ليست بحيث تحتاج الى قرينة فيمكن ان يدعى انه المراد ولايمكن نفيه باصالة عدم القرينة كما فى المجاز المشهور والمطلق المنصرف الى بعض افراده انصرافا لايحوج ارادة المطلق الى القرينة (وفيه) ان المقام ليس نظيرا للمجاز المشهور فلوكان فهو من قبيل المطلق المنصرف ـ وهو ممنوع لان بيع الكلى متداول فلاترجيح لاحد الثبوتين على الاخر حتى يدعى الانصراف الى احدهما (مع) ان المدار فى حجية العموم ظهوره فى العموم لااصالة عدم القرينة (فتحصل) ان الاظهر عدم الاختصاص بالشخصى .

ماقيل باعتباره فى خيار التاخير

قوله قده ثم ان هنا امورا قيل باعتبارها فى هذا الخيار منها عدم الخيار لاحدهما اولهما الخ الاقوال فى المسألة اربعة (الاول) ماعن العلامة فى التحرير وهو اشتراط خيار التاخير بعدم الخيار للبايع والمشترى مطلقا (الثانى) ماعن ابن ادريس وهو اعتبار ان لايكون لهما خيار الشرط لامطلق الخيار (الثالث) مامال اليه صاحبا مفتاح الكرامة والجواهر وهو اعتبار ان لايكون للبايع خيار واما خيار المشترى فلايعتبر عدمه (الرابع) ماهو المشهور وهو عدم اعتبار هذا الشرط

مطلقا ـ وقداستدل للاول ـ بوجوه .

منها ـ ان من احكام الخيار عدم وجوب تسليم الثمن اوالمثمن لمن لهالخيار وبالتبع لايجب على الاخرتسليم ماانتقل عنه ـ وقد تقدم ان ظاهر الاخباركون عدم مجيء المشترىبالثمن بغيرحق التاخيركما ان ظاهرها ايضاكون عدم اقباض البايع لعدم قبض الثمن لالحق له فى عدم الاقباض (اقول) ان ما افاده من ان من احكام الخيار عدم وجوب اقباض من له الخيار ماانتقل عنه ـ وان اعترف به المصنف ره فى باب القبض ـ الاانه غيرتام ـ اذلامدرك له سوى (ماافاده) المحقق النائينى ره وهو ان القبض والاقباض منالشروط الضمنية فاذاكان العقد خياريا كان كذلك بجميع ماتضمنه منالشروط فكما لايجبالوفاء بالعقدلايجب الوفاء بمافى ضمنه منالشروط هذا بالنسبة الى من له الخيار واما الاخرفلايجب عليه التسليم لان التسليم والتسلم التزام منالطرفين فاذالم يف احدهما به لايجب على الاخر ذلك (وهو غيرتام) فان الخيار ليس الاالسلطنة على حل العقد واما الشروط فانكان وجه توهمعدم وجوب الوفاء بها انها تابعة للعقد فيرد عليه ان التبعية انما تكون فى الوجود لافى دليل النفوذ واللزوم فان دليل لزومهاـ المؤمنون عند شروطهم ـ وان كان وجهه انه اذا كان العقد جائزالامعنىلكونالشرط لازما فيرد عليه ماتقدمفى مبحث خيارالمجالس والحيوان من ان ذلك فاسد وانه لامنافاة بين ان يكون له اعدام الموضوع ولكن على فرض بقاء الموضوع يجب عليه الوفاء بالشرط ـ واما المقدمة الثانيةالمذكورة فى الاستدلال فهى تامة وقدمر تقريبها فى الشرط الثالث وبذلك يظهر انه لامورد لقول المصنف ره (وتسليم انصراف الاخبار الى كون التاخير بغير حق) الموهم لعدم التسليم .

ثم ان المصنف ره اورد على هذا الاستدلالمضافا الى منع المقدمتين ـ بوجهين آخرين (احدهما) ان لازمهكون مبدأ الثلاثة بعد التفرق مع ان ظاهرالاخباركونه من حين العقد (ثانيهما) ان لازمه عدم جريان خيار التاخيرفىبيع الحيوان لثبوت خياره للمشترى مع اتفاقهم على ثبوته فيه ـ ثم اجاب عن الثانى بانهيمكنانيكون

مراد المستدل ان مبدأ الثلاثة فى خيار التاخير بعد انقضاء ثلاثة الحيوان من جهة انه مقتضى الجمع بين دليل خيار الحيوان ومادل على عدم استحقاق التسليم فى زمان الخيار ودليل خيار التاخير وبهذا البيان ظهر اندفاع ايراد السيد الفقيه على المصنف ره من عدم ارتباط هذا الجواب بما او رده على المستدل (ولكن يرد عليه) ان هذا الجمع ليس عرفيا ـ فانه اذا كانت المنافاة بين دليل خيار الحيوان و دليل خيار التاخير من جهة ان خيار الحيوان يوجب فقد شرط خيار التاخير حيث انه يكون عدم التسليم عن حق والشرط هو عدم التسليم عن غير حق لايصح الجمع بالنحو المذكور فتدبر.

ومنها ان الاخبار ظاهرة فى لزوم البيع فى الثلاثة وخياريته بعدها وحيث ان الخيار الثابت بعد الثلاثة هو الخيار المطلق ـ فالمنفى فى الثلاثة هو الخيار المطلق فيختص بغير صورة ثبوت الخيار فى الثلاثة (ودعوى) ان المثبت بعدها الخيار المقيد بكونه عن سبب خاص (مندفعة) باستحالة تقيد المسبب بسببه والالازم كون الشيء مقتضيا لنفسه ولاقتضائه وهو محال (ودعوى) ان المنفى خصوص خيار التاخير اى ان المراد بالاخبار اللزوم من هذه الجهة (مندفعة) بمنافاته لقرينة المقابلة ـ وبهذا يندفع مـا اجاب به المصنف ره عن هذا الوجه فى آخر كلامه من ان عدم تقييد الحكم بالسبب لا يمنع من كون نفى الخيار فى الثلاثة من جهة الضرر بـالتخيير (و لكن يرد عليه) ان المثبت ليس هو الخيار المقيد بـالمسبب و لا المطلق بل الحصة الخاصة من طبيعى الخيار والمنفى فى الثلاثة ذات تلك الحصة لامطلق الخيار فتدبر

ومنها انصراف النصوص الى غير هذا الفرض (وفيه) انه لاوجه لدعوى الانصراف وقد استدل للثانى ـ بان مرجع شرط الخيار الى شرط تاخير المبيع من البايع وتاخير الثمن من المشترى اذ مرجعه الى اخذ زمام العقد بيده فله السلطنة عليه بماله من المقتضيات التى منها التسليم ـ و قد تقدم اعتبار ان لا يكون التاخير عن حق ـ (وفيه) ان لزوم التسليم من آثار العقد اعم من اللازم والجائز وعليه فشرط الخيار لا يكون شرطا لكون زمام هذا الاثر بيده ـ وقد استدل للثالث ـ بان هذا الخيار

جعل لاندفاع ضرر البايع فاذا كان هذا الضرر مندفعا من جهة ثبوت الخيار له من جهة اخرى فلا موجب لخيار التاخير (و فيه) ان مدرك هذا الخيار هو النصوص فلابد من ملاحظتها دون رعاية حكمة الجعل (فتحصل) ان الاظهر هوالقول الرابع

قوله قده ومنها تعدد المتعاقدين الخ وقداستدل لاعتباره بوجهين(احدهما) ان النص مختص بصورة التعدد فان مورده ذلك (و فيه) ان القبض والاقباض من وظائف المالكين او من له الولاية او الوكالة المفوضة لا العاقدين بما هما عاقدان (وعليه) فالعبرة بتعدد المتبايعين لاالمتعاقدين (ثانيهما)انهذا الخيار يثبت بعدخيار المجلس وخيار المجلس باق مع اتحاد العاقد (و فيه اولا) ان خيار المجلس انما يثبت له اذاكان وليا او وكيلا مفوضا من الجانبين اومن جانب ومالكا من طرف آخر ولايثبت للعاقد بما هوعاقد (وثانيا) انه يمكن اسقاطه او اشتراط عدمه (وثالثاً) انهقد تقدمانه لايثبت بعد خيارالمجلس ـ فالاظهرعدم اعتبار هذا الشرط ايضا .

قوله قده ومنها ان لا يكون المبيع حيوانا اوخصوص الجارية الخ

وقد استدل له بخبر (١) ابن يقطين عن ابى الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جارية وقال اجيئك بالثمن فقال ان جاء بالثمن فيما بينه وبين شهر والا فلا بيع له(واورد) عليه المصنف ره بانه غير ظاهر فى ارادة صورة عدم اقباض الجارية و يحتمل حمله على اشتراط المجيء بالثمن الى شهر فيثبت الخيار عند تخلف الشرط و يحتمل الحمل على استحباب صبر البايع و عدم فسخه الى شهر (اقول) ما ذكره من عدم ظهوره فى صورة عدم اقباض الجارية حق لكن قد عرفت عدم اعتبار اقباضه فى هذا الخيار (مع) انه لوقلنا باعتباره عدمظهور هذاالخبر فى اعتباره لايكون اشكالاعليه اذلا يجب تعرض الدليل لجميع الخصوصيات مضافا الى امكان الالتزام بالفرق وانه لايعتبر ذلك فى بيع الجارية ـ و اما الحمل الاول فيبعده فاء التفريع المعتضد بعدم تعيين المدة واماالحمل الثانى فهو ابعد فانقوله فلابيع له كيف يحمل على الاستحباب فالصحيح الجواب عنه باعراض الاصحاب عنه وعدمعملهم به •

---

(١) الوسائل ـ باب ٩ ـ من ابواب الخيار حديث ٦

قولـه قده ثم ان مبدأ الثلاثة من حين التفرق اومن حين العقد الخ

ظاهر المصنف ره ابتناء المسألة على ان المراد بالمجيء بالثمن فى قوله ان جاء بالثمن مابينه وبين ثلاثة ايام هل هومعناه الظاهر الملازم للافتراق اذلايمكن المجيء مع الاجتماع ـ اومعناه الكنائى وهو عدم اقباض الثمن وهو قده قوى الثانى بقرينة قوله عليه السلام فى خبر(١) ابن يقطين فان قبض بيعه (ولكن) يرد عليه ان خبر ابن يقطين فى المبيع وغيره فى الثمن فلايكون احدهما قرينة على الاخر ـ والظاهر لايرفع اليدعنه بواسطة احتمال ارادة المعنى الكنائى (اللهم) الا ان يقال ان من المعلوم عدم اعتبار المجيء بهذا المعنى وانه لو كان عنده الثمن فاقبضه لايكون كافيا فلا محالة يكون المراد به الاقباض فالاقوى ان المبدأ من حين العقد .

مسقطات خيار التاخير ـ اسقاطه

(قوله قده يسقط هذا الخيار بامور احدها اسقاطه بعد الثلاثة بلا اشكال الخ

اقول مدرك هذاالخيار ان كان هو الاجماع صح ما افاده وان كان هى الاخبار اوقاعدة نفى الضرر لايصح اما اذاكان هى النصوص فلان مفادها نفى اللزوم بعد الثلاثة وبديل ذلك هو الجواز لاحق الخيار القابل للاسقاط ـ كما انه ان كان المدرك هى قاعدة نفى الضرر لايصح اسقاطه فان مقتضاها كما تقدم نفى اللزوم خاصة لا اثبات حق خيارى قابل للاسقاط بل هو يلائم مع كونه جوازا حكميا غير قابل للاسقاط ومقتضى الاستصحاب عدم سقوطه بشيء من المسقطات (لايقال) انه يلتزم بسقوطه بالاسقاط بواسطة الاجماع (فانه يقال) اولا انه غير ثابت وثانيا انه ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام ثم انه مع الاغماض عن ذلك و تسليم سقوطه بالاسقاط و انه حق يقع ، الكلام فى اسقاطه ومسقطاته .

(قوله قده و فى سقوطه بالاسقاط فى الثلاثة و جهان الخ قداستدل على

---

١ ـ الوسائل باب ٩ ـ من ابواب الخيار حديث ٣

عدم سقوطه بالاسقاط في الثلاثة بوجهين (احدهما) انه انما يثبت بعد الثلاثة وسببه الضرر الحاصل بالتاخير غير المحقق في الثلاثة فاسقاطه اسقا ط لما لا يجب فلا يصح (وفيه) ان اسقاط مالم يجب منجزا غير معقول واما معلقا على ثبوته فهو معقول ولا دليل على مبطلية التعليق سوى الاجماع غير الشامل للمقام من جهة انه تعليق على ما يتوقف عليه الشيء بل مبطلية التعليق مطلقا في غير البيع غير مسلمة (ثانيهما) ماافاده المحقق الاصفهاني ره وهو ان المراد بالاسقاط ان كان هو الاسقاط الفعلي المنجز فهو غير معقول - وان كان المراد الاسقاط معلقا على تقدير ثبوته فهو معقول الا انه لادليل على نفوذه فان الدليل على جواز اسقاط الحق هي القاعدة المجمع عليها من انه لكل ذي حق اسقاط حقه و الظاهر منها ان من كان له حق فعلا له اسقاطه فعلا ولا يشمل المقام (وفيه) ان تلك القاعدة ليست مضمون رواية خاصة كي يستدل بظاهرها بل هي مستفادة من دليل السلطنة بالتقريب المتقدم في خيار المجلس وهو غير مختص بالصورة المفروضة (مع) انه قد تقدم في ذلك المبحث ان مدرك مشروعيته فحوى مادل على ان التصرف انما يكون مسقطا لكونه اسقاطا للحق والتزاما بالعقد فراجع - وقد استدل لجواز اسقاطه بوجوه (احدها) ماافاده المصنف ره وهو ان العقد سبب الخيار فيكفي وجوده في اسقاطه (وفيه) ماتقدم في خيار المجلس مفصلا من انه لاثبوت للشيء قبل تحقق جميع اجزاء علته وان تحقق مقتضيه ولا سقوط حقيقة قبل الثبوت مع ان تمييز المقتضيات عن الشروط في باب الاحكام الشرعية مشكل - بل لاتكون الموضوعات و الاسباب و الشرائط مقتضيات قطعا وتمام الكلام في محله (الثاني) ما افاده المصنف ره ايضاً وهو فحوى جواز اشتراط سقوطه في ضمن العقد (وفيه) ما سيجيء منه قده من انه يتم ذلك لو كان المدرك في الاصل الاجماع واما ان كان المدرك عموم ادلة الشروط فهو غير ثابت في الاصل (الثالث) ما افاده المحقق النائيني ره وهو ان اسقاطه قبل ثبوته مرجعه الى اجتيازه عن حق مطالبة الثمن الثابت بالعقد (وفيه) ان حق المطالبة لم يثبت كونه من الحقوق ولعله من الاحكام غير القابلة للاسقاط - فالصحيح ماذكرناه في وجه سقوطه بالاسقاط

فى ضمن الجواب عن ادلة المانعين فراجع •

قوله قده الثانى اشتراط سقوطه فى متن العقد الخ ـ قد استدل لكونه مسقطا بعموم (١) ادلة الشروط ـ واورد عليه المصنف بناء على عدم جواز اسقاطه فى الثلاثة بان الشرط انما يسقط به مايقبل الاسقاط بدون الشرط ولايوجب شرعية سقوط مالا يشرع اسقاطه بدون شرط (وفيه اولا) ان المشروط انكان سقوطه بعد ثبوته لايكون ذلك خلاف المشروع بل هومشروع (وثانيا) ان المشروط انكانهى النتيجة يكفى ادلة الشروط دليلا لصحة الشرط المذكوروتمام الكلام فى محله.

بذل المشترى للثمن بعد الثلاثة

قوله قده الثالث بذل المشترى للثمن بعد الثلاثة الخ اقول يقع الكلام تارة بناء على كون المدرك قاعدة نفى الضرر واخرى بناء على كونه الاخبار ـ اما على الاول فقد (ادعى) المصنف ره انه مسقط وذلك لانه لاضرر فى حال البذل فلاضرر ليتدارك بالخيار والضرر السابق لايتدارك به وانما المتدارك به الضرر المستقبل ولا سبيل الى توهم كفاية حدوث الضرر لبقاء الخيار لان الحكم يدور مدار بقاء موضوعه (واورد عليه) المحقق الايروانى ره بان الخيار حكم عدمى وهو عنوان لعدم حكم الشارع باللزوم و عدم حكم الشارع هذا يستصحب عند الشك و ارتفاع المناط انما يضر باستصحاب الحكم الوجودى دون العدمى (وفيه) ان الخيار امر وجودى قطعا وهو ملك فسخ العقد والسلطنة على حله (وربما) يورد عليه بان مفاد لاضرر نفى الحكم عن الموضوع الضررى ومع انتفاء الضرربما ان الموضوع يكون باقيا وتبدل الضرر من قبيل تبدل الحالة لايضر بالاستصحاب (وفيه) ان المختار عنده و عندنا ان المنفى هو الحكم الضررى فاذا لم يكن الحكم ضرريا لايكون منفيا ـ واما على الثانى فمقتضى اطلاق

---

(١) الوسائل باب ـ ٦ من ابواب الخيار ـ وباب ٤ من ابواب كتاب المكاتبة من كتاب المتق وغيرهما .

النصوص وعدم استفصالها بين دفع المشترى للثمن بعد الثلاثة وعدمه عدم كونه مسقطا - ولكن المصنف ره كانه لايسلم ذلك لانه بعد نقل الاستدلال لعدم السقوط بالاستصحاب قال وهو حسن لو استند في الخيار الى الاخبار ولعل منشأه ان قوله عليه السلام ان جاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة ايام لا اطلاق له ليشمل ما بعد الثلاثة - وحيث ان الشرطية الثانية تصريح بمفهوم الاولى و المفهوم تابع للمنطوق سعة و ضيقا فلا يكون شاملا للبذل بعد الثلاثة (ولكن) يرده ان خبر اسحق بن عمار متضمن لشرطية مستقلة لاحظ قوله عليه السلام من اشترى بيعه فمضت ثلاثة ايام ولم يجيء فلا بيع له وكفى به مطلقا (واماما) افاده ره من قرب دعوى انصراف الاخبار الى صورة التضرر فعلا بلزوم العقد (فيرد عليه) انه من المحتمل ان يكون حكم الشارع بالجواز مجازاة للضرر الذى اورده على البايع وعليه فلاوجه لدعوى الانصراف ثم على تقدير الانصراف لاوجه لدعوى عدم جريان الاستصحاب فان غاية ما يدعى قصور نصوص الباب عن الشمول لما بعد بذل المشترى الثمن وهذا لايمنع من اجراء الاستصحاب نعم على المختار من عدم جريان الاستصحاب في الاحكام الكلية لايجرى في المقام (فتحصل) ان مقتضى اطلاق النصوص عدم كونه مسقطا .

اخذ الثمن من المشترى

قوله قده الرابع اخذ الثمن من المشترى بناء على عدم سقوطه بالبذل الخ

اقول يقع الكلام في المقام في جهتين (الاولى) في ان اخذ الثمن هل يكون مسقطا ام لا وما الفرق بين هذا الخيار وساير الخيارات حيث لم يحتمل احد فيها سقوط الخيار باخذ الثمن - وفي هذا الخيار مضافا الى احتماله ذهب اليه جمع (الثانية) في انه على فرض كونه مسقطا من جهة كونه التزاما فعليا هل يعتبر العلم بكونه بقصد الالتزام ام يعتبر الظن الشخصي ام لا يعتبر الظن ايضاً .

اما الجهة الاولى - فقد استدل لمسقطيته بانه التزام فعلى بالبيع ورضى بلزومه ولعل الفرق بينه وبين ساير الخيارات ان هذا الخيار من ناحية تاخير الثمن و تضرر البايع

بعدم وصول ماله اليه فيصح ان يقال ان اخذ الثمن التزام بالبيع (ولكن) الانصاف انه ليس التزاما بالبيع بل هو تتميم للمعاملة وجعل للمعاوضة العقدية عملية وهذا يلائم مع كون البايع بانيا على الفسخ - فالحق انه بنفسه ليس مسقطا .

واما الجهة الثانية - فقد استدل لعدم اعتبار العلم او الظن بما تقدم من سقوط خيار الحيوان او الشرط بما كان رضا نوعيا بالعقد وهذا من اوضح افراده (وفيه) ان التصرف انما يكون مسقطا لخيار الحيوان للنص غير الشامل لغيره فالميزان هو حصول العلم او الظهور العرفي ومع فقدهما لا يكتفى بالظن ايضا .

(قوله قده وهل يسقط الخيار بمطالبة الثمن الخ مطالبة الثمن ليست من المسقطات لعدم كونها مسقطة في شيء من الخيارات لا لعدم كونها تصرفا كما في المتن اذ لا يلزم ان يكون الدال على الاسقاط تصرفا بل يكفي فيه كل ما يدل عليه من القول او الفعل بل لعدم كونها دالا عليه (واما ما افاده) المصنف ره بناء على كونها مسقطة لساير الخيارات - بانه في ساير الخيارات يكون سبب الخيار العقد ولو من جهة التضرر بلزومه - واما في هذا الخيار فالسبب ليس هو العقد ولا الضرر الماضي بل الضرر المستقبل لانه الذي يندفع بالخيار دون ما مضى ومطالبة الثمن لا تكون التزاما بالضرر المستقبل بل هي التزام بما مضى (فيرد عليه) ان دليل الخيار هو النص ولعل منشأه التضرر بالتاخير في الثلاثة ويكون الخيار مجازاة له لا تداركا .

فورية خيار التاخير وعدمها

قوله قده مسألة في كون هذا الخيار على الفور او التراخي قولان الخ

الكلام في هذه المسألة يقع في موردين (الاول) في بيان ما يستفاد من النص (الثاني) فيما يقتضيه القواعد .

اما المورد الاول - فقد استدل المصنف ره على القول بالتراخي بان الانسب بنفي الحقيقة بعد عدم ارادة نفي الصحة هو نفي لزومه رأسا فقوله عليه السلام لا بيع له ظاهر في التراخي (اقول) يرد عليه ما اورده جل المحشين بان هذا ينافي ما تقدم منه آنفا

من انصراف الاخبار الى صورة التضرر فعلا بلزوم العقد اذ عليه لايشمل اطلاق النص ما اذا كان التضرر مستندا الى اختياره بعدم فسخ العقد فى اول ازمنة الامكان - ولكن قدمر عدم تمامية ماافاده هناك فاطلاق النص يقتضى البناء على التراخى فان نفى لزوم البيع بقول مطلق معناه ذلك .

واما المورد الثاني - فقد استدل المصنف ره بالاستصحاب للقول بالتراخى مع انه لم يسلم جريانه فى خيار الغبن - وماافاده تام على مسلكه فانه انما منع من جريانه هناك من جهة ان الموضوع غير مستفاد من النص بالتقريب المتقدم وفى المقام يكون مستفادا منه ولكن قد عرفت انه لامانع من جريانه هناك من هذه الناحية ولايجرى من جهة اخرى وهى موجودة فى المقام وهى عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام الكلية فتدبر مع انه قد تقدم ان المرجع عموم اوفوا بالعقود فراجع.

فى ان تلف المبيع بعد الثلاثة من البايع

قوله قده مسألة لو تلف المبيع بعد الثلاثة كان من البايع اجماعا الخ

ويشهد له النبوى (١) المعمول به بين الاصحاب غير المسطور فى كتب روايات اصحابنا كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه وقد اورد عليه بانه يعارض مع قاعدتين اخريين (احداهما) قاعدة التلازم بين النماء والدرك المستفاد من النص (٢) الخراج بالضمان والاستقراء (ثانيهما) قاعدة (٣) التلف فى زمان الخيار ممن لاخيار له ولكن (الاولى) اعم من النبوى فتخصص به - بل يمكن ان يقال انه لامعارضة بينهما فان مفاد النبوى على ماهو المشهور انتقال المبيع الى البايع قبل التلف آناما والتلف فى ملكه وفى ذلك الآن وان كان زمانا قصيرا يكون النماء للبايع (واما الثانية) فهى غير شاملة

(١) المستدرك باب ٩ من ابواب الخيار حديث ١

(٢) صحيح الترمذى ج ٥ ص ٢٨٥ - وسنن ابى داود ج ٢ - ص ٢٥٥ - والمبسوط كتاب البيوع

(٣) الوسائل باب ٨ - من ابواب الخيار

للمقام لوجوه (الاول) انها مختصة بخيار الحيوان والشرط ولا تشمل كل خيار (الثانى) انها مختصة بما بعد القبض ولا تشمل ماقبل القبض (الثالث) ان موردها ما اذا تلف ماانتقل الى من له الخيار كما فى الحيوان المنتقل الى المشترى وفى المقام التالف هو ما انتقل عن من له الخيار .

قوله قده ولو تلف فى الثلاثة فالمشهور كونه من مال البايع الخ ـ مقتضى النبوى كونه من مال البايع و عن جماعة من القدماء منهم المفيد والسيد كونه من المشترى ـ وقد استدل له ـ بقاعدة ضمان المالك لماله ـ ولكنها مع جريانها فى الصورة السابقة اخص من النبوى فتخصص به ـ فالتفصيل بين الصورتين فى غير محله (مع) ان خبر عقبة (١) المروى فى المتن يدل على انه من مال البايع وهو من جهة ان مفروض السئوال حيث قال اتيك غدا فسرق المتاع هو التلف فى الثلاثة لابعدها مختص بهذه الصورة فاستدلال صاحب الجواهر ره به فى الصورة السابقة فى غير محله .

قوله قده ولو مكنه من القبض فلم يتسلم فضمان البايع مبنى الخ ان قلنا بكفاية التخلية بين المال ومالكه وعرضه عليه فى صدق القبض فلا كلام والا فقد بنى المصنف ره ضمان البايع وعدمه على ارتفاع الضمان بذلك وعدمه ـ وهو قده قوى الاول (توضيحه) ـ ان التمكين من المشترى يوجب ارتفاع ضمان البايع ومعه يرتفع الخيار ـ ومع ارتفاعه لايكون المورد مشمولا لقاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه للانصراف (وفيه) ان الانصراف ممنوع والتلازم بين ارتفاع الخيار وارتفاع الضمان ايضا كاك فالاظهر انه من مال بايعه على هذا المسلك .

قوله قده وان هلك بعد الثلاثة ايام كان من مال البايع على كل حال لان الخيار لـه الخ ويمكن ان يكون وجه التعميم فى هذه الصورة ان هذا الخيار لايسقط بالاقباض بعد الثلاثة عنده ـ وهو ممن نسب اليه ان انتقال المبيع الى المشترى

---

(١) الوسائل باب ١٠ ـ من ابواب الخيار

انما یکون بعد انقضاء الخیار من غیر فرق بین الخیار المتصل والمنفصل - فانه علی هذا یکون التلف من البایع لوقوعه فی ملکه فلایتوجه ایراد المصنف ره علیه بان التعمیم مناف لتعلیل الحکم بان الخیار له بعد الثلاثة - وانما لایلتزم بذلك فی الاقباض فی الثلاثة من جهة ان الاقباض قبلها رافع لموضوع الخیار .

فی شراء مایفسد من یومه

قوله قده مسئلة لو اشتری مایفسد من یومه فان جاء بالثمن مابینه و بین اللیل والافلابیع له الخ وقد استدل لثبوت هذا الخیار بوجوه .

منها - مارواه (١) الکلینی عن محمد بن یحیی عن محمد بن احمد عن یعقوب بن یزید عن محمد بن ابی حمزة اوغیره عمن ذکره عن ابی عبدالله او ابی الحسن علیهما السلام فی الرجل یشتری الشیء الذی یفسد من یومه ویترکه حتی یأتیه بالثمن قال ان جاء فیما بینه وبین اللیل بالثمن والافلابیع له - والکلام فیه فی موردین - الاول - فی سند الحدیث - الثانی - فی فقهه (اما الاول) فالاشکال فیه من وجوه - منها - انه مرسل ومنها - ان محمد بن ابی حمزة مشترك بین ابن الثمالی والتیملی الذی لم یوثق - ومنها - ان من یروی عنه ابن یزید لم یثبت کونه ابن ابی حمزة ولعله غیره (واما الثانی) فقوله من یومه امایراد به فی یومه من کون من للظرفیة فیکون اول اللیل الذی هو اول زمان الخیار بعد تحقق الفساد فی النهار - وهذا الضرر لایتدارك بالخیار - واما یراد به معناه المعروف وهو کونه للابتداء فیکون اول اللیل الذی هو اول زمان الخیار بعد تحقق الفساد من اول الیوم وحاله حال السابق فلابد من التصرف باحد نحوین (احدهما) مافی المتن وهو ان المراد بالیوم الیوم و لیله فالمعنی انه لایبقی علی صفة الصلاح ازید من یوم بلیله (ثانیهما) ما افاده بعض المحققین وهو حمل مایفسد علی الاشراف علی الفساد فیکون من المجاز بالمشارفة ویصح جعل الخیار من اول اللیل لئلا یقع فی الضرر الذی اشرف

---

(١) الوسائل - باب ١١ من ابواب الخیار حدیث ١

عليه وكل منهما صحيح لامرجح لاحدهما على الاخر. واما تقريب دلالته على الخيار لاالانفساخ فهوماتقدم في نصوص خيار التأخير.

ومنهاماارسله (١) الصدوق في الفقيه وفي آخر الخبر. العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم الى الليل - والكلام فيه من جهتين (الاولى) في سنده - وهو مضافا الى كونه مرسلا - لم يثبت كونه تتمة الرواية بل من المحتمل كونه من كلام الصدوق بل في محكى الجواهر لعله الظاهر (الجهة الثانية) في دلالته وقد يقال ان مفاده جعل الخيار ونفي اللزوم. وفي حاشية السيد ويحتمل ان يكون المراد كون عهدة تلفه على البايع يوما الى الليل وبعده على المشترى من جهة تقصيره في الاخذ (اقول) ان كان المراد بالعهدة عهدة المبيع تعين ارادة ما احتمله السيد فان اثرها ان دركه عليه وهو في ضمانه. وان كان المراد بها عهدة البيع تعين ارادة الاول فان اثر عهدة البيع لزومه وعدم انفكاكه عنه والظاهر هو الثاني لان عهدة المبيع لاتكون مغياة بزمان بل بالقبض بخلاف عهدة البيع.

ومنها حديث (٢) لاضرر فان البايع ضامن للمبيع ممنوع من التصرف فيه محروم عن الثمن ويرد عليه الوجوه الاربعة التي اوردناها على الاستدلال به لخيار التأخير (ومنها) ان مقتضى اطلاق العقد تسليم المبيع وتسلم الثمن مالم يفسد ومرجع ذلك الى الشرط الضمني والخيار عند تخلف الشرط. ويرد عليه ماذكرناه عند الاستدلال به لخيار التأخير.

قوله قده وقال في النهاية واذا باع الانسان مالايصح عليه البقاء - كان الخيار فيه يوما الخ ظاهر هذا الكلام وغيره من كلمات جمع من الاساطين منهم اكثر المتاخرين كون الليل غاية للخيار مع انه لاشبهة بحسب النص والفتوى ان مبدأ الخيار الليل (وقد اول) المحقق الاردبيلي ره كلماتهم بجعل الى الليل متعلقا

١-الوسائل باب ١١-من ابواب الخيار حديث ٢

٢-الوسائل باب ١٧ -من ابواب الخيار

بما يفسد لا بالخيار- ولكن ذلك يتم في كلمات جمع منهم دون جميعهم لاحظماعن النهاية وعبارة التذكرة - فالخيار فيه الى الليل (وقد تؤول) كما احتمله المحقق الاصفهاني ره بان اطلاق الخيار باعتبار اول الامر اليه بمضي اليوم واقبال الليل باعتبار وجود مقتضيه وهو كون المبيع مما يؤول امره الى الفساد باقبال الليل والمقتضا له ثبوت بثبوت مقتضيه وفعلية مقتضاه باقبال الليل (اقول) هذا يتم في مثل عبارة النهاية ولايتم في مثل عبارة التذكرة المتضمنة لكون الغاية الليل (فالمتعين) حمل كلماتهم على ما افاده المصنف ره وهو ان مرادهم بالخيار معنى غير الخيار المصطلح الثابت من اول الليل وهو ان المشتري مختار في القبض والاقباض في اليوم وان له التأخير الى الليل من دون ان يستتبعه شيء ولازمه لزوم الصبر على البايع الى الليل ولزوم البيع عليه .

قوله قده ثم الظاهر ان شروط هذا الخيار شروط خيار التاخير لانه فرد من افراده الخ والظاهر ان وجهه وحدة لسان الدليلين - ولكن الانصاف انهما متغايران - اذ المدار في خيار التأخير المتقدم على تأخير قبض الثمن وهنا على تأخير قبض المثمن -والحكمة في ذلك الخيار دفع ضرر البايع من ناحية الصبر عن الثمن وفي هذا الخيار دفع ضرره من ناحية الفساد الموجب لضمان المبيع - ومبدأ الخيار في المقام اول الليل وفي الخيار السابق بعد مضي ثلاثة ايام وعليه فالشروط المعتبرة في ذلك الفرد من التاخير لاوجه للبناء على اعتبارها في هذا الفرد .

قوله قده ثم ان المراد بالفساد في النص والفتوى ليس الفساد الحقيقي الخ واورد عليه المحقق الايرواني ره بان المراد به الفساد الحقيقي وهو خروج العين الى حالة لاتتمول من جهة عدم ترتب الاثار المرغوبة من الطبيعة عليها مع اندراجها بذاتها تحت الطبيعة واما الذي يخرج عن الصورة النوعية فذاك هو التلف دون الفساد كما توهمه المصنف ره(اقول) ماافاده في الفرق بين الفساد والتلف وان كان متينا الا انه مع ذلك ليس المراد الفساد الحقيقي اذ مرور يوم على مثل البقول والفواكه لايوجب خروجها عن المالية بل يوجب تغير العين بزوال طراوتها وشبهها .

قوله قده ولو لم يحدث فى المبيع الافوات السوق ففى الحاقه بتغير العين وجهان الخ لا اشكال فى عدم شمول النص والفتوى له لانه ليس من الفساد قطعاً ـ انما الكلام فى انه اذا كان المدرك حديث لاضرر هل يشمله ام لا ـ والمصنف ره جعل اثبات الخيار ونفيه دائرين مدار كون نقص القيمة ضررا او فوات نفع (والحق) انه ليس ضررا ولا فوت نفع بالنسبة الى البايع بعد عدم كون نقص القيمة السوقية موجبا لضمان البايع وهو ضرر بالنسبة الى المشترى ولا يكون ذلك موجبا لجعل الخيار على البايع (وبذلك) ظهر ما فى حاشية السيد وهو ان الاقوى الالحاق لانه يصدق عليه الضرر عرفا وان كانت العين باقية كما كانت لان المناط فيه فوات المالية ولا فرق فيه بين نقص العين والقيمة فالضرر صادق خصوصا فى الاموال المعدة للتجارة ـ

خيار الرؤية

قوله قده السادس خيار الرؤية والمراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه الخ مورد هذا الخيار ليس خصوص ما لو رأى المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان ليكون من افراد خيار الشرط ـ كما هو ظاهر المتن بل مورده ما اذا تخلف الوصف الذى وقعت المعاملة عليه سواء كان بالاشتراط ـ او باخبار البايع به والاعتماد عليه من غير تعهد والتزام منه ـ او برؤية بعض المبيع واعتقاد موافقة بعضه الاخر له ـ وعليه فالنسبة بين مورد هذا الخيار ومورد خيار تخلف الشرط عموم من وجه والمجمع ما كان التوصيف بعنوان الاشتراط ـ ومورد افتراق هذا الخيار ما اشرنا اليه ومورد افتراق ذاك شرط الفعل ـ ثم ان دليل هذا الخيار امور .

الاول .. الاجماع و هو لمعلومية مدركه لا يعتمد عليه.

الثانى حديث(١) لاضرر (وفيه) ما تقدم من انه لا يصلح منشئاً لاثبات الخيار مع انه اذا كان المبيع بما له من التخلف يسوى بالذى دفع من الثمن لا يكون هناك ضرر.

---

(١) الوسائل باب ١٧ ـ من ابواب الخيار

الامن ناحية تخلف الغرض الشخصي .

الثالث صحيح (١) جميل قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة وقدكان يدخلها ويخرج منها فلما ان نقد المال صار الى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال ابو عبدالله عليه السلام انه لو قلب منها ونظر الى تسع وتسعين قطعة ثم بقى منها قطعة ولم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية (وتقريب) الاستدلال به ان الظاهر من الخبر ان المشترى لرؤية عمدة الضيعة كان معتقدا ان مالم يره يكون مثل ما رآه فوقعت المعاملة صحيحة ثم بعد المعاملة وملاحظة مالم يره وانه غير ما رآه ندم من المعاملة وقد حكم عليه السلام بثبوت خيار الرؤية (وفيه) انه لا يدل الخبر على تخلف الوصف وان مالم يره لم يكن مطابقا لما رآه لو لم يكن دالا على خلافه وعليه فليس هو من الخيار المصطلح بل الظاهر منه ارادة البطلان اما في الجميع لو رجع الضمير في قوله لكان له فيها خيار الرؤية الى الضيعة - او في خصوص القطعة التي لم يرها - و لعل الاول اظهر من جهة ان مورد السؤال هو الضيعة بتمامها .

الرابع صحيح (٢) زيد الشحام عن الامام الصادق عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل ان يخرج السهم فقال عليه السلام لا تشتر شيئا حتى تعلم اين يخرج السهم فان اشترى شيئاً فهو بالخيار اذا خرج - وتقريب الاستدلال به انه يدل على ان الحصة المشاعة بوصف البايع اذا تبين بعد وقوع السهم انها ليست على ما وصفت يثبت للمشترى خيار الرؤية - (واورد عليه) المصنف ره - بان المبيع ان كان هو الحصة المشاعة فلا مورد لخيار الرؤية وان كان هو السهم المعين الذي يخرج فهو شراء فرد غير معين وهو باطل - ثم مال هو قده الى كون الخيار الذي يثبته الخبر خيار الحيوان اذا خرج السهم - والظاهر ان وجه نفى المورديه لو كان المبيع الحصة المشاعة ليس هو اشاعتها حتى يرد عليه ما افاده المحقق الايرواني ره بان خيار الرؤية يجرى في بيع المشاع اذا بيع بوصف المجموع فظهر

---

(١) الوسائل باب ١٥ من ابواب الخيار حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٥ من ابواب الخيار حديث ٢

الجميع على خلاف الوصف بل وجهه ان التعيين المبنى على عدم التعديل فى القسمة لا يصلح وجها لثبوت الخيار فى البيع بل فى القسمة (واورد عليه) السيد الفقيه بقوله يبعده قوله اذا خرج فان خيار الحيوان غير معلق على الخروج بل يثبت بمجرد العقد انتهى (وفيه) ان حكمة جعل خيار الحيوان الاطلاع على العيب وهو لا يكون الا بعد التعيين (ولكن) يرد على المصنف ره ان الظاهر من الخبر كون المبيع مايقع عليه السهم وهو لغرريته باطل كما يشهد له قوله لاتشتر شيئا الخ الظاهر فى الارشاد الى الفساد وعليه فقوله له الخيار يكون المراد به ان له الخيار فى انشاء معاملة جديدة بعد تعيين المبيع - نظير ماورد فى نصوص بيع ماليس عنده من قوله وهذا عليك بالخيار ان شاء اشتراه منك بعد ماتاتيه وان شاء رده - وقد يحتمل ان يكون المراد بالخيار خيار القسمة لكونها غير معدلة اوللحاجة فى التعيين الى التراضى - وعلى اى حال فلاربط له بخيار الرؤية .

الخامس صحيح (١) عبدالرحمان بن الحجاج عن منهال القصاب قال قلت لابى عبدالله عليه السلام اشترى الغنم اويشترى الغنم جماعة ثم يدخل دارا ثم يقوم رجل على الباب فيعد واحدا الى ان قال ثم يخرج السهم قال عليه السلام لايصلح هذا انما تصلح السهام اذاعدلت القسمة (اقول) انه اجنبى عن المقام بالمرة بل وارد فى مقام بيان كيفية التقسيم وان التقسيم بلاتعديل السهام على النحو الذى بينه السائل باطل (فتحصل) انه لادليل عليه ولكن الظاهر تسالم القوم على ثبوته وسياتى رجوع ذلك الى خيار الشرط فيدل على مشروعيته دليل ذلك الخيار والله العالم .

قوله قده ولابد من حملها على صورة يصح معها الخ قد عرفت دلالة الصحيح على البطلان وانه اجنبى عن المقام .

قوله قده وتوضيح معنى هذا الخبر الخ قد عرفت وضوح معنى الخبر فى نفسه وانه غير مفاد خبر عبدالرحمن .

قوله قده لم يعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه الخ يعنى بصحيح زيد

---

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٨

لابصحيح عبدالرحمن لانه المستشهد به ولقوله لان المشترى لسهم القصاب .

قوله قده ويمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع الخ الظاهر ان وجه تخصيص خيار الحيوان بما اذاكان المبيع من قبيل الكلى فى المعين دون الكسر المشاع لحاظ الحكمة فى ذلك الخيار وهو الاطلاع على العيب فى الثلاثة - اذا لمشاع لوكان فيه عيب كان جزء منه للمشترى قهرا فلايتوقف ثبوت الخيار على خروج السهم بخلاف الكلى فى المعين اذلاتعين له للمشترى الابعد التعيين من البايع اوتلف ماعداه .

قوله قده والظاهر الاتفاق على ان هذا الخيار يثبت للبايع ايضاالخ مدرك هذا الخيار ان كان هو الاجماع - اوحديث (٢) لاضرر - اومادل على ثبوت الخيار عند تخلف الشرط - لم يكن وجه للاختصاص بالمشترى واما ان كان المدرك هى النصوص الخاصة اختص به (واحتمال) ان يكون التفتيش من البايع بان يكون البايع باعه بوصف المشترى فيكون الجواب عاما (بعيد) لعدم تقدم ذكر من البايع ومرجع الضمائر المستترة فى السؤال هو المشترى وعلى تقدير هذا الاحتمال كان الخيار مختصا بالبايع اذلاعموم للجواب ،

مورد خيار الرؤية

قوله قده مسألة مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة الخ وقد تعرض ره فى هذه المسألة لامور (الاول) ان مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة - والظاهر ان مراده بالعين الشخصية مايقابل الكلى فى الذمة - الشامل للكسر المشاع الذى هوجزئى بجزئية منشأ انتزاعه - والكلى فى المعين المتعين باضافته الى الجزئى الخارجى - لا - مايقابل غير المتعين بتمام انحاء التعين - وعليه - فلا يرد عليه مااورده بعضهم بعدم اختصاص الخيار بذلك وجريانه فى الكلى الخارجى - وفى

---

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار

الحصة المشاعة لقاعدة الضرر وتخلف الشرط بل يمكن دعوى فهم المثالية من صحيحة جميل (كما ان) مراده من الغائبة ليس هي الغيبوبة الخارجية لعدم العبرة بها بل المراد الغيبوبة الذهنية بمعنى عدم المعرفة به - فلا ايراد عليه

الثاني في الاشكالات التي اوردت في المقام - وهي اربعة .

احدها - انهم ذكروا في المقام ضابطين للاوصاف اللازم ذكرها - وهما - اعتبار الاوصاف الدخيلة في مالية العوضين - واعتبار مايعتبر في باب السلم - وهما - متنافيان فانه يكتفى في باب السلم باقل من ذلك ولا يعتبر الاستقصاء بذكر كل وصف دخيل في المالية لانه يؤدى الى عزة الوجود وهذا المانع مفقود فيما نحن فيه (واجاب) عنه المصنف ره بعد الايراد على القوم بان تعذر استقصاء الاوصاف في السلم موجب لفساد السلم لا الفتوى بعدم اعتبار ذكر الاوصاف فيه - بانه يمكن ان يكون مرادهم باعتبار مايعتبر في باب السلم مايعتبر في ذلك الباب بالطبع لولا عروض المانع فلا تنافي (وفيه) ان الايراد على القوم في غير محله اذ لو حكمنا بفساد السلم في الفرض لزم سد باب السلم لما اشار اليه من عموم هذا العذر والمعلوم من الشرع خلافه مع ان حمل ماذكروه في الضابط الثاني على ذلك لاشاهد له (فالحق) في الجواب ان يقال ان مرادهم بالاوصاف الدخيلة في المالية الاوصاف الدخيلة في المالية بلحاظ الاثار المترقبة من ذلك الشيء عند نوع العقلاء - لا الاوصاف الدخيلة في المالية بحسب الغرض الشخصي وعليه فيرتفع التنافي اذ ما يتعذر استقصائه في باب السلم ما كان من قبيل الثاني دون الاول .

ثانيها ان الاوصاف التي يختلف الثمن من اجلها غير محصورة خصوصا في العبيد والاماء والاكتفاء بذكر معظمها احالة على المجهول .

ثالثها ان لازم كون التوصيف بمنزلة الرؤية لزوم مشاهدة مايجب التوصيف به مع انه لا يعتبر بعد مشاهدة العين الاطلاع على الخصوصيات التي يجب ذكرها في العين الغائبة فما الفرق بين المقامين مع اتحاد الدليل وهو مادل(١) على النهي عن بيع الغرر (واجاب) عنهما المصنف ره بان الميزان رفع الغرر العرفي الذي هو اخص من

(١) الوسائل باب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة

الشرعى وهو يرتفع بمشاهدة العين وان لم يطلع على الخصوصيات اللازم ذكرها اذا كانت العين غائبة (وفيه) مضافا الى ان الغرر لاحقيقة شرعية له كى يقال ان الغرر العرفى اخص من الشرعى وما يترای من الحكم بالفساد مع عدم الغرر العرفى كشراء المجهول بخيار اوبالمتيقن من قيمته فانما هو لدليل آخر فتامل - ان الغرر العرفى ايضاً لايرتفع بذلك فى العين الحاضرة (فالحق) فى الجواب ان المعتبر فى بيع العين المشاهدة الاطلاع على الخصوصيات الدخيلة فى المالية بلحاظ الاثر المترقب من ذلك الشىء عند نوع العقلاء والابطل البيع - كما ان اللازم ذكره هذه الاوصاف فى العين الغائبة .

رابعها ان توصيف المبيع بالاوصاف المجهول وجودها يوجب الجهل بوجود المبيع اذا العبد المتصف بتلك الصفات مثلا لايعلم وجوده فى الخارج والغرر فيه اعظم (واجاب) عنه المصنف ره بان التوصيف يرجع الى الاشتراط لاالتقييد (وفيه) مضافا الى التامل فى صحة اشتراط غير الفعل وغير النتيجة على ماسياتى فى محله ان التوصيف اذا لم يكن رافعا للغرر لم يكن الاشتراط ايضا رافعا له وثبوت الخيار عند تخلف الشرط لايصلح رافعا له والا ارتفع باشتراط الخيار فى كل بيع غررى فى نفسه (وعليه) فاللازم هو الاطمينان بوجود الوصف او اخبار من يكون خبره حجة شرعية

الخيار بين الرد والامساك مجانا

الثالث ماذكره بقوله ثم ان الخيار بين الرد والامساك هو المشهور بين الاصحاب الخ الوجوه المحتملة اربعة (احدها) التخيير بين الرد والامساك مجانا وهو المشهور (ثانيها) التخيير بين الرد والامساك بالارش نسب ذلك الى السرائر (ثالثها) تعين اخذ الارش (رابعها) البطلان نسب الى المقنعة والنهاية والمراسم .

وقد استدل للاول بما تقدم - وللثانى بان الضرر يرتفع بكل من الرد والامساك بالارش فمقتضى حديث (١) لاضرر التخيير بينهما (وفيه) اولا ماتقدم من ان حديث

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ٣-٤

لاضرر لايصح التمسك به في المقام وثانيا انه لوصح اقتضى تعين اخذ الارش لانه مقتضى الجمع بين اداة اللزوم والحديث كما لايخفى - واستدل للرابع بوجهين.

الاول - وقوع العقد على مايغاير الموجود فالمعقود عليه غير موجود والموجود غير معقود عليه ولايكفى في الجواب مافى المتن من ان محل الكلام الاوصاف التى لاتوجب مغايرة الموصوف للموجود عرفا - وذلك فان التمليك من الاعتباريات وهو متعلق على الفرض بالموصوف بما هو موصوف وهو غير موجود لفقد الوصف (فالحق في الجواب ان يقال ان الوصف اذا كان دخيلا في حقيقة المبيع بما ان العين بما هي موجودة لاتكون مورد الاعتبار الملكية والمالية حتى تباع فلامحالة يكون البيع متعلقا بالوصف والعنوان فتخلفه يوجب عدم البيع وان كان غير دخيل فيها الذى هو محل الكلام يكون البيع بحسب بناء العرف والمتعاملين متعلقا بذات الموصوف والوصف ليس عنوانا للمبيع بل هو مطلوب آخر في المطلوب البيعى.

الثاني ان المعقود عليه وان كان هو عين الموجود في الخارج الا ان العقد على الموجود وقع مبنيا على الوصف وبعبارة اخرى الرضا في المعاملة لم يتعلق الا بالمقيد بالصفة والفاقد لارضا به وهذا يوجب البطلان (واجاب) عنه في الجواهر على ماحكى عنه المصنف ره بما حاصله ان الوصف المعين للكليات يوجب تضييق دائرة المبيع من غير فرق بين الوصف الذاتي والعرضي فيكون الموجود غير معقود عليه واما الوصف المعين في الشخصيات فان كان ذاتيا فكك للمغايرة الذاتية وان كان عرضيا فالمورد وان كان هو الموصوف الا انه يصدق على الموجود انه مورد للبيع - وعلى فرض الاغماض عن ذلك في مورد العين الشخصية اذا كان الوصف غير دخيل في الحقيقة يكون المورد مع تلف الوصف من قبيل تعارض الوصف والاشارة والاشارة اقوى (اقول) يرد على ما افاده (اولا) ان ماذكر يفيد في مقام بيان اثبات الاتحاد ولايفيد في الجواب عن اشكال عدم الرضا كما لايخفى ويرد على ماافاده (ثانيا) ان اقوائية كل من الاشارة والوصف انما تكون ضابط صورة اشتباه المراد دون المقام (مع) ان اقوائية الاشارة لواعتمد عليها في المقام لزم منها صحة البيع ولزومه لا الخيار (واجاب) المصنف ره

عنه بالاستقراء وان الشارع المقدس على حسب مايستفاد من النصوص والاجماعات في الموارد المتفرقة حكم بصحة البيع مع الخيار بمخالفةالصفة المقصودةغير المتقومة للمبيع (وفيه) ان هذاالمقدار لايكفى فى الجواب عن الوجه العقلى (فالحق) فى الجواب ان يقال ان الظاهر من عبارات المشترطين للاوصاف غير الدخيلة فى حقيقة الشىء اخذها فى المعاملة بنحو تعددالمطلوب وان اتصافه بها مطلوب آخر فى مطلوب نظير اشتراط عمل خارجى كخياطة الثوب .

قوله قده الاان يقال ان الموجود وان لم يعد مغاير الخ هذا هو الوجه الثانى للبطلان الذى ذكرناه مع جوابه .

قوله قده مجازفة لامحصل لها الخ بناءعلى ماذكرناه في بيان مرادالجواهر يكون ماافاده هو الذى افاده المصنف ره فى الجواب عن الوجه الاول فلايكون مجازفة نعم لاربط له بالوجه الثانى .

قوله قده ويمكن احالة اتحاد الجنس ومغايرته على العرف الخ بل هذا هو المتعين لامن جهة تشخيص مفهوم الوصف الداخلى و الخارجى حتى يقال انه لم ينط الحكم فى لسان الدليل بهما - بل من جهة ان مايكون من قبيل الوصف الخارجى بنظر العرف بحسب ظهور الكلام ماخوذ بنحو تعدد المطلوب دون ماكان من قبيل الوصف الداخلى فتدبر .

خيار الرؤية فورى

قوله قده الاكثر على ان الخيار عند الرؤية فورى الخ وقد تقدم فى مبحث خيار الغبن تنقيح القول فماتقتضيه القواعد من العمومات والاستصحاب وغيرهما وان كل خيار ثبت ولم يكن لدليله اطلاق مقتضى القواعد انه فورى فراجع (نعم) لو كان مدرك هذا الخيار النص الخاص كان مقتضى اطلاقه كونه على التراخى ولكن قدعرفت انه لايكون مدركاله فالحق انه على الفور .

مسقطات خيار الرؤية

قوله قده يسقط هذا الخيار ـ و باسقاطه بعد الرؤية الخ الاسقاط ان كان بعد الرؤية التى لاشك فى تحقق الخيارعندها ـ كانه من المسلمات عندهم نفوذه ـ وهومحل تامل لوكان مدرك هذا الخيار حديث لاضرركما تقدم فى مبحث خيارالغبن (نعم) لوكان المدرك النص او الشرط الضمنى تم ذلك فان الخيار ح من الحقوق ولكل ذى حق اسقاط حقه (واما) الاسقاط قبل الرؤية فان قلنا بان الرؤية كاشفة عن حدوث الخيارمن حين العقد ـ كما هومقتضى حديث (١) لاضرر لان الضرر انما يتوجه من حين العقد وتخلف الشرط فانه من حين العقد ـ و النص الخاص لا حظ ظاهرقوله عليه السلام فى صحيح جميل(٢)كان له فى ذلك خيارالرؤية ـ فلااشكال ايضاً ـ وان قلنا بانها سبب اوشرط ففيه اشكال ـ وقد تقدم الكلام فيه مفصلا فى مبحث خيار الغبن ـ وبه يظهران الاسقاط منجزا غيرمعقول ومعلقا على حدوثه لامانع منه لولا الاجماع وانه لافرق بين كونها سببا اوشرطا فراجع .

قوله قده و بالتصرف بعدها الخ ـ و قد تقدم الكلام ايضا فى مسقطية التصرف وعرفت ان دليله الخاص غيرعام لجميع الخيارات وان فيما لانص فيه كالمقام لوكان التصرف كاشفا عن الاسقاط ودالاعليه سقط به الخيار والافلا ـ هذا فى التصرف بعد الرؤية (واما) التصرف قبلها ـ ففيه وجوه (احدها) مسقطيته على القول بمسقطية الاسقاط قولا قبل الرؤية ـ وعدمها على القول بالعدم (ثانيها) مسقطيته مطلقا ـ واستدل لهذا الوجه بان مسقطية التصرف انما تكون من جهة انه رضا متجدد بالبيع كما هو ظاهر التعليل بقوله عليه السلام فذلك رضا منه ـ و يكون سقوط الحق لعدم الملاك

---

(١) مرفى خيارالغبن مصادر الحديث

(٢) الوسائل باب ١٥ من ابواب الخيار حديث ١

لا لرفعه بعد ثبوته وعليه فلامانع من مسقطيته قبل ثبوت الخيار (وفيه) ما تقدم فى مبحث خيار الغبن من انه لايكون مسقطا لهذه الجهة فراجع (ثالثها) عدم مسقطيته مطلقا ـ واستدل له بانه لايكون التصرف كاشفا عن الرضا بالعقد ان كان قبل الرؤية كما فى التصرف قبل العلم بالغبن فتدبر .

اشتراط سقوطه

قوله قده ولو شرط سقوط هذا الخيار ففى فساده الخ فى المسئلة وجوه بل اقوال (الاول) ما عن العلامة وجماعة وهو فساد الشرط وافساده للعقد (الثانى) ما عن جماعة وهو الفساد دون الافساد (الثالث) ما عن الشيخ فى النهاية وبعض آخر وهو عدم الفساد والافساد وقد استدل للاول بوجهين .

الاول ـ انه موجب لكون البيع غرريا ـ و للقوم فى بيان ذلك تقريبات احدهاما عن المحقق الثانى (وحاصله) ان بيع مجهول الوصف انما يرتفع غرريته من جهة تعهد الوصف باعتبار انه موجب لكون امر العقد بيده عند تخلف الشرط فلايذهب ماله هدد افلا غرر واذا شرط سقوط الخيار لم يرتفع الغرر لخروج زمام امر العقد من يده فيعود الغرر والخطر (وفيه) ان الخيار حكم شرعى لايرفع الغرر ولو كان مؤثرا فى رفع الغرر جاز بيع كل مجهول مع شرط الخيار .

ثانيها ـ ماعن المصنف ره وحاصل ما افاده يرجع الى امرين بل لعل ظاهر صدر كلامه الاول ـ وظاهر ذيله الثانى (الاول) ان ارتفاع الغرر عن هذه المعاملة وان لم يكن لثبوت الخيار الا انه من جهة سبب الخيار وهو اشتراط تلك الاوصاف الذى مرجعه الى ارتباط العقد بنفسه او بمتعلقه بنفس وجود الوصف لانها اما شروط للبيع اوقيود للمبيع واشتراط سقوط الخيار الذى مرجعه الى الالتزام بالعقد على تقديرى وجود تلك الصفات وعدمها ينافى ذلك فما هو الموجب لرفع الغرر ينافيه هذا الاشتراط (الثانى) ان اشتراط سقوط الخيار مرجعه الى الالتزام بالبيع مع عدم الوصف وهذا ينافى الالتزام بالبيع المرتبط بالالتزام بالوصف والفرق بين الوجهين ان مرجع الاول الى ان لازم

الشرط قيدية نفس الوصف وعدم قيديته ومرجع الثاني الى الالتزام بالوصف وعدم الالتزام به (وفيه اولا) ماتقدم من ان الموجب لرفع الغرر ليس هو الالتزام بالوصف بل الاطمينان بوجوده او اخبار من يكون خبره حجة به وفي غير ذلك لا يرتفع الغرر (وثانيا) انه لو سلم كون الرافع الالتزام بالوصف ـ الا ان اشتراط سقوط الخيار ليس مرجعه الى الالتزام بعدم الوصف ولا عدم الالتزام بالوصف ـ كي ينافيه فان الخيار ليس اثرا لاينفك للالتزام بالصفات حتى يكون شرط سقوطه في قوة عدم الالتزام بالوصف بل هو حكم شرعي ثبت في مورد الالتزام بالوصف قابل لان يسقط بالشرط مع بقاء الالتزام (وبهذا) البيان ـ يندفع ما استفاده بعض مشايخنا من كلام المحقق الخراساني ره في وجه ذلك الذي هو التقريب الثالث ـ وهو ان الخيار لازم اشتراط الوصف وابطال اللازم ورفع اليد عنه ابطال للملزوم لفرض الملازمة واذا ارتفع الملزوم عاد الغرر ـ لما عرفت من انه ليس لازما لاينفك .

الوجه الثاني انه اسقاط لما لم يتحقق ـ فاشتراط السقوط لغو وفاسد والشرط الفاسد مفسد للعقد (وفيه اولا) ماتقدم من ان خيار الرؤية يثبت من حين العقد فاشتراط سقوطه ليس اسقاطا لما لم يتحقق (وثانيا) ماتقدم في مبحث خيار الغبن من ان اسقاط ما لم يتحقق على تقدير تحققه لامحذور فيه (وثالثا) ان الشرط الفاسد لا يفسد كما سيأتي تحقيقه .

وبما ذكرناه ظهر مدرك القول الثاني وضعفه ـ فالاظهر هو القول الثالث .

قوله قده وظهر ايضاً ضعف مايقال من ان الاقوى الخ القائل هو صاحب الجواهر ره و حاصل ما افاده في رد من استدل على التنافي بانه مع عدم الاطمينان يكون لثبوت الخيار دخل في رفع الغرر ـ ان ثبوت الخيار اجنبي عنه بل الموجب لارتفاعه التوصيف الذي يصدق معه تعلق البيع بمعلوم غير مجهول ولو ان الغرر ثابت في البيع نفسه لم يكن ثبوت الخيار رافعا له والاصح بيع الغرر بشرط الخيار الخ واما ماافاده المصنف ره في وجه ضعفه فقد تقدم الكلام فيه مفصلا .

حكم بذل التفاوت وابدال العين

قوله قده لايسقط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بابدال العين الخ

قد استدل قده لعدم السقوط بهما بان تملك غير العين الشخصية الواقع عليها البيع يحتاج الى معاملة جديدة (اقول) هذا الوجه لايكفي لاثبات المدعى - اذ تملك مابه التفاوت ببذل صاحبه امر وعدم سقوط الخيار بعد الملكية امر آخر ومورد الكلام هو الثاني والدليل دليل للاول (فالاولى) الاستدلال له بان اطلاق النص يقتضي ذلك وبذل التفاوت اوابدال العين لايوجب عدم ضررية اللزوم من حيث الغرض المعاملي ولو بقاء كي لاتكون المعاملة بقاء مشمولة لحديث لاضرر وايضاً لايؤثر في رفع ما اوجبه تخلف الشرط من الخيار عند تخلف الوصف .

قوله قده ولو شرط في متن العقد الابدال لو ظهر على خلاف الوصف الخ

لم يتعرض قده لشرط بذل ما به التفاوت وقد حكم صاحب الجواهر ره بفساده - والحق ان يقال ان الكلام يقع في موردين (الاول) في صحة هذا الشرط وفساده (الثاني) في سقوط الخيار به وعدمه .

اما المورد الاول فغاية ما استدل به للفساد في مقابل عموم مادل على صحة(١) الشرط ونفوذه وجوه (احدها) ان مقدار التفاوت مجهول فشرط بذله شرط امر مجهول وهو غرري باطل (وفيه) انه لوسلم بطلان الشرط الغرري ان محل الكلام صحة شرط البذل و عدمها فلابد وان يفرض الصحة من ساير الجهات بان يفرض العلم بمقدار مابه تفاوت الواجد والفاقد (ثانيها) انه من قبيل التعليق في الشرط وهو يبطل العقد والايقاع (وفيه) ان التعليق لادليل على مبطليته سوى الاجماع غير الشامل للشرط (ثالثها) ان شرط النتيجة غير نافذ (وفيه) اولا ان محل الكلام اعم من ذلك ومن شرط الفعل - و ثانيا - ان شرط النتيجة صحيح في غير ماله سبب خاص كالطلاق -

---

(١) الوسائل - باب ٦ من ابواب الخيار

فالاظهر صحة هذا الشرط ونفوذه .

واما المورد الثانى فان كان مدرك هذا الخيار حديث لاضرر اوالشرط ـ سقط الخيار وذلك لانه مع هذا الشرط وبذل التفاوت لاضرر من حيث المالية وهو واضح ولامن حيث الغرض المعاملى فان المعاملة مع هذا الشرط كاشف عن سعة دائرة الغرض المعاملى ـ وان كان المدرك هو النص لم يسقط لاطلاق النص اللهم الا ان يدعى انصرافه عن مثل الفرض والله العالم .

واماشرط الابدال فظاهر صدر عبارة المتن شرط الفعل وظاهر ذيلها شرط النتيجة فالكلام فيه يقع فى موضعين (الاول) فى شرط النتيجة وهو قديكون بجعل الواجد بدلا عن الفاقد فى قبال الثمن و حيث انه لايعقل وقوع مال الشخص بدلا عن ماله فلامحالة يرجع هذا الشرط الى شرط انفساخ المعاملة وانعقادها بين الواجد والثمن وقد يكون بجعل الواجد بدلاعن الفاقد بوقوع احدهما فى قبال الاخر.

اما الاول ـ فقد استدل على فساد الشرط بوجوه (احدها) انه من قبيل شرط النتيجة ـ وقد تقدم ما فيه (ثانيها) ان كلامن انفساخ المعاملة و انعقادها يتوقف على سبب خاص فشرط وقوعهماقهرا شرط مخالف للمشروع (وفيه) ان مقتضى عموم مادل(١) على وجوب الوفاء بالعقد ونفوذ(٢) كل تجارة عن تراض صحة هذا الشرط بل ولزومه مضافا الى دليل(٣) نفوذ الشرط ولزومه (ثالثها) ان الشرط مبادلة تعليقة والتعليق يفسد المعاملة (وفيه) ما تقدم من عدم مفسدية التعليق للشرط (رابعها) انه مبادلة غررية وهى باطلة (وفيه) ان الغرر لو كان فهو من جهة الجهل بالوجود وهو مندفع بان المعاوضة حيث لاتنعقد الا عند ظهور التخلف فهو عالم بانه اما تنعقد معاوضة اولا تنعقد فلاغرر فالاظهر صحة هذا الشرط (فان قلت) ان هذا الشرط وان صح الا انه بمجرد انحلال البيع ينحل الشرط اذالشرط مالم يكن فى ضمن العقد لايجب الوفاء به فلاسبب للمعاوضة الجديدة (قلت) ان الشرط انعقاده يتوقف على كونه فى ضمن العقد واما انحلاله بسبب انحلال العقد فلادليل عليه الافيما اذا كان الشرط من قبيل الضميمة لاحد العوضين ـ وفى المقام لايتعقل ذلك بل هوانما يكون للتحفظ على الغرض الوسيع

(١) المائدة الاية ٢ (٢) لنساء الاية ٣٠ (٣) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار

من المعاملة كما لايخفى واما سقوط الخيار به فهولااشكال فيه لانتفاء موضوع الخيار بانفساخ المعاملة .

واما الثانى اى جعل الواجد بدلاعن الفاقد (فمحذوره) التعليق فى الشرط الذى نتيجته نتيجة البيع ـ والجهالة ـ والغررية فى المبدل لانه لايعلم انه واجد للوصف امفاقد ـ وتعلقه بالنتيجة (وقد تقدم) ان التعليق فى الشرط لادليل على مبطليته ـ والغرر من حيث الجهل بالوجود يندفع بانه حين المعاوضة وهوظهور التخلف قاطع بكونه واجداً او فاقدا ـ و من حيث الجهل بالوصف يرتفع بتوصيفه بكونه غير واجد ـ واما سقوط الخيار به فالكلام فيه ماتقدم فى شرط بذل التفاوت .

الموضع الثانى فى شرط الفعل وهو ايضاً قد يكون بجعل الواجد بدلاعن الفاقد وقد يكون بجعله بدلا عن الثمن الذى مرجعه الى شرط حل العقد الاول ثم تبديل الواجد بالثمن ـ اماالمورد الاول ـ فمانع مشروعية هذا الشرط ليس الاجهالة المبدل والتعليق فى الشرط وقدتقدم ما فيهما ـ واما سقوط الخيار به فهوايضاً ظهر مماذكرناه من ان هذا الشرط يوسع دائرة الغرض المعاملى فلاضرر .

واما المورد الثانى فمانع صحة الشرط بعض ما تقدم وعرفت مافيه ـ ويجرى فيه ما ذكرمن انه بانحلال العقد ينحل الشرط ـ وجوابه ماتقدم ـ واما فى مسقطيته للخيار فحال هذا المورد حال المورد المتقدم والله العالم .

قوله قده و بذلك ظهر ضعف مافى الحدائق من الاعتراض على الشهيد الخ

محصل ما افاده صاحب الحدائق ره بعد حمل الحكم بالفساد من الشهيد على فساد البيع ـ انه على اطلاقه ممنوع بل يتم فى صورة ظهور الخلاف ووجه بطلانه ح ان الموجود غير المبيع (ودعوى) ان هذا الشرط يجبر المخالفة اذمعه كانه يكون المبيع هو الواجد فلامخالفة (مندفعة) بانه شرط فاسد لاطلاق اخبار(١) الخيار فلايكون جابرا ـ واما مع عدم ظهور الخلاف ـ فمقتضى عموم اخبار الخيار عند ظهور الخلاف واخبار(٢)

---

(١) الوسائل ـ باب ١٥ ـ من ابواب الخيار

(٢) الوسائل ـ باب ٦ ـ من ابواب الخيار

البطلان - القاضيتين بالصحة مع عدم ظهور الخلاف هو الحكم بالصحة - ثم وجه كلام الشهيد ره بان مراده الحكم بفساد الشرط ووجه فساده انه لاتأثير له مع الظهور وعدمه اذمع الظهور على الوصف لاتخلف كى يجب الابدال ومع عدمه والمخالفة يكون الشرط مخالفا للسنة وهى اخبار الخيار فلااثر له على التقديرين (اقول) قد ظهر مما حققناه وجوه الضعف فى كلامه فلاحاجة الى الاعادة.

ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد

قوله قده الظاهر ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد واقع على عين شخصية الخ

مدرك خيار الرؤية ان كان حديث لاضرر ثبت ذلك فى كل عقد لان نسبة الحديث الى جميع المعاملات على حد سواء وان كان مدركه تخلف الشرط فكك كما هو واضح-واما ان كان مدركه النص الخاص - فمورده خصوص البيع فان امكن دعوى القطع بعدم خصوصية امورده يتعدى الى ساير المعاملات والافلا-كما انه كك لو كان المدرك الاستقراء وتتبع الموارد الخاصة (واماما) افاده المصنف ره من المنفصلة ذات الاطراف الثلاثة وهى ان العقد لو تخلف الوصف اما ان يكون باطلا-او صحيحا لازما-او صحيحا جائزا والاول باطل لانه خلاف طريقة الاصحاب فى تخلف الاوصاف - والثانى باطل لان دليل لزوم الوفاء بالعقد وهو (١) اوفوا بالعقود لايشمله فان عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للوصف المشترط فيه لايكون نقضا للعقد فيتعين الثالث (فيرد عليه) ان دليل اللزوم لاينحصر بمادل على وجوب الوفاء بالعقد وفى غيره كفاية (مع) ان اللزوم مقتضى الاستصحاب على ما تقدم (واضف) الى ذلك كله ان الوصف ان كان قيدا مقوما للمعقود عليه لزم من تخلفه بطلان العقد والافان قلنا بان الالتزام بالشرط فى قوة جعل الخيار عند تخلفه ثبت الخيار والافحيث ان الشرط التزام آخر فى ضمن الالتزام المعاملى فعدم امكان العمل بالالتزام الشرطى

---

(١) المائدة الاية ٢

لايقتضي جواز نقض الالتزام الاول .

اختلاف المتبايعين

مسألة لو اختلفا فقال البايع لم يختلف صفة الخ قد استدل لكون الاصل مع المشتري وانه يقدم قوله بوجوه .

الاول ماعن العلامة ره من ان الاصل برائه ذمته من الثمن ـ و مراده ما وجهه المصنف ره بان المراد عدم وجوب دفعه الى البايع اذ اشتغال الذمة باصله ثابت لفرض صحة المعاملة ـ مع ـ ان الثمن لم يفرض كليا (و عليه) فلا يرد عليه ما افاده في محكى المختلف في نظير المسألة من ان اقراره بالشراء اقرار منه بالاشتغال بالثمن (واورد) عليه المصنف ره بما حاصله ان هذا الاصل محكوم باصالة عدم التزام البايع على نفسه باتصاف المبيع بوصف مفقود فان الشك في وجوب التسليم مسبب عن الشك في الخيار وهو مسبب عن الشك في التزام البايع بالوصف المفقود فاذا جرى الاصل الحاكم كان قول البايع موافقا للاصل (اقول) يرد عليه مضافا الى ذلك ان كون حكم الخيار عدم وجوب التسليم محل نظر ومنع بل هو واجب مادام لم يفسخ العقد .

الثاني ماافاده المصنف ره وهو ان اللزوم من احكام البيع المتعلق بالعين الملحوظ فيها الوصف الموجود او مايعمه و الاصل عدمه ولا يجرى اصالة عدم التزام البايع بالوصف المفقود التي ذكرها في رد العلامة من جهة ان اخذ الوصف في المبيع في قوة التقييد و ليس التزاما مستقلا فيكون الالتزام واحدا وامره دائرا بين تعلقه بالموصوف او الموجود وحيث ان اللزوم من احكام تعلق البيع بالموجود فيجرى اصالة عدمه ولا يعارضها اصالة عدم تعلقه بالموصوف بالوصف المفقود لعدم ترتب الاثر عليها الا اذا ثبت بها وروده على الموجود (و فيه) ان من الواضح عدم دخالة الوصف الموجود في اللزوم فان الدخيل فيه عدم تخلف الوصف وعدم فقده وبعبارة اخرى الخيار معلق على العقد على الموصوف بوصف مفقود فاصالة عدم تعلق العقد بالموصوف بوصف مفقود تعبد بعدم الخيار البديل للزوم .

الثالث ماعن التذكرة وهو اصالة عدم الرضا بهذا الموجود (وفيه) ان الرضا به مفروض والالزم منه البطلان لاالخيار وهناك وجوه اخر لاجل وضوح فسادها اغمضنا عن ذكرها ـ فظهر ان الاصل مع البايع (وعن) المحقق الخراساني ره في مقام بيان ان الاصل مع البايع انه لوكان الاختلاف في ذكر الوصف اوفي ظهور الخلاف كان الاصل عدمهما (وفيه) ان اصالة عدم ذكر الوصف وان كانت من الاصول العقلائية الاانها لاتجرى في المقام لتعين ذكره دفعا للغرر فالخلاف في انه الوصف المفقود اوالموجود ولااصل عقلائي يعين احدهما ـ واصالة عدم ظهور الخلاف ليست من الاصول العقلائية ولامن التعبدية الااذاكان الخيار مترتبا على ظهور تخلف الوصف.

حكم نسج بعض الثوب

قوله قده لو نسج بعض الثوب فاشتراه على ان ينسج الباقي كالاول بطل الخ

مورد كلام الفقهاء في هذه المسألة غير ماذكره المصنف ره من الصور ـ وتنقيح القول في المقام ان للمسألة صوراً.

احداها ماهو ظاهر عنوان الاصحاب وهو مالوكان المبيع هو الثوب الشخصي الذي يكون بعضه موجودا وبعضه معدوما سيوجد ـ وقد استدل على بطلان البيع فيها بوجوه (الاول) ماعن الشيخ في المبسوط وحاصله ان البيع بالاضافة الى المنسوج لازم وبالاضافة الى غيره موقوف على خيار الرؤية اى يكون خياريا على تقدير التخلف فيجتمع في شيء واحد خيار الرؤية وعدمه وهما متناقضان فهذا البيع المستلزم للمحال نفوذه محال نفوذه (وفيه اولا) ان تخلف الوصف في البعض يوجب الخيار في الجميع دون البعض (وثانيا) ان العقد ينحل بتعدد متعلقه فبعضه موضوع اللزوم وبعضه موضوع الخيار فلاتناقض (الثاني) ماعن العلامة في المختلف وهو ان الثابت في الشريعة امابيع معدوم غير معين وهو الكلي في الذمة ـ اوموجود معين وهو الشخصي الموجود ـ ولم يعهد بيع المعدوم المعين (وفيه) انه لوشمله عموم احل الله البيع لايضر عدم المعهودية (الثالث) ماعن العلامة في التذكرة ـ وهو ان الباقي في الذمة مجهول (وفيه) ان التوصيف

يرفع الجهالة (فالاولى) ان يستدل له بان اعتبار الملكية يحتاج الى محل له تعين ما - كالكلى فى الذمة - والعين الموجودة فى الخارج المضافة الى البايع - وماسيوجد بعد ليس فى الذمة لعدم كونه كليا ولاتعين خارجى له مضافا اليه فلايصح بيعه (فتامل) فانه يمكن ان يقال انه كما ان الكلى يكون فى الذمة كك الشخصى الذى سيوجد يعتبره العقلاء فى العهدة ومعه لامانع من بيعه والله العالم.

ثانيتها بيع المنسوج الموجود مع مقدار معين من الغزل الموجود على ان ينسجه كالموجود فالمبيع بتمامه موجود والشرط متعلق بنسج بعضه - ولو نسجه بذلك المنوال فلاكلام والاثبت له خيار تخلف الشرط وعلى التقديرين البيع صحيح

ثالثتها ما اذا باع المنسوج الموجود ومقدارا كليا من الغزل بشرط ان ينسجه كالموجود ولامحذور فيه لامن حيث البيع اذضم الكلى الى الشخصى فى مقام البيع لامانع منه - ولامن حيث الشرط - ولو لم ينسجه - على ذلك المنوال فقد حكم المصنف ره بثبوت خيار تخلف الشرط ولكن (يرد عليه) ان الكلى بما انه لايتعين فى ما نسج ولذا للبايع الابدال فلايتعين للمشترى القبول ولاخيار له بل له الامتناع عنه

رابعتها ما لو باع المنسوج الموجود وغزلا كليا منسوجا كالباقى فصفة المنسوجية مقومة للمبيع الكلى لا انها شرط فيه ولامحذور فيه من حيث البيع الا انه عند التخلف يتعين الابدال.

خيار العيب

قوله قده السابع خيار العيب - اطلاق العقد يقتضى وقوعه مبنيا على سلامة العين من العيب الخ لايخفى ان من المسلمات ثبوت خيار العيب فى بيع العين الشخصية مع الجهل بالعيب - بالجهل المركب اوالبسيط - ولااشكال فى الاول - انما الكلام فى الثانى وغرض المصنف ره ان يبين اولا صحة المعاملة - ثم ثبوت الخيار فيها - ثم الاحكام (ثم ان) منشأ الاشكال فى الصحة بطلان البيع الغررى اللازم من الجهل بصفات المبيع ومن اهمها وصف الصحة وعليه فمع الشك فى الصحة يلزم البناء على البطلان

مع ان بناء القوم على الصحة .

وقد تصدوا لدفع الاشكال بذكر وجوه (الاول) ان الغالب فى الاعيان الخارجية بقائها على خلقتها الاصلية والظن يلحق الشيء بالاعم الاغلب (وفيه) انه لايعتمد على ذلك مالم توجب الغلبة الاطمينان والوثوق (الثانى) ان بناء العرف والعقلاء على البناء على السلامة والصحة ما لم يثبت العيب (وفيه) ان ذلك غير ثابت (الثالث) ما افاده المصنف ره وهو ان الغالب فى الاعيان حيث انه السلامة وبناء العرف والعقلاء فى معاملتهم على التصريح بالعيب لو كان المتعلق معيوبا فالاطلاق وعدم التقييد يقتضى وقوعه مبنيا على سلامة العين (وهذا الوجه تام) غاية الامر انكفى الاشتراط فى رفع الغرر نقول ان السلامة شرط ضمنى - والاكانت قيدا ووصفا (الرابع) ان البيع انما يصح لاجل اخبار البايع بالصحة وهذا الاخبار ليس بالتصريح بل علم من القرينة وهى ما علم ان الناس لايبذلون المال فى مقابل المعيوب اذا لم يصرحوا بالعيب فلو بذل مال بازاء شيء علم انه يريد ذلك الشيء بوصف الصحة - وهناك تقاريب اخر تقرب ماتقدم .

قوله قده ثم ان المصرح به فى كلمات جماعة ان اشتراط الصحة فى متن العقد يفيد التاكد الخ بعد ماعرفت فى تقريب المراد من الالتزام الضمنى وانه ليس هو الالتزام القلبى بل انشاء لورود العقد على الصحيح و ربط العقد به لامحالة يكون اشتراطه مفيدا للتاكد - ولكن ذلك لايقتضى عدم ثبوت خيار تخلف الشرط وذلك لان مقتضى القاعدة ثبوت خيار تخلف الشرط فى جميع موارد تخلف وصف الصحة والنصوص الخاصة قاضية بثبوت خيار العيب فى مورد الشرط الضمنى وانه لايترتب آثار خيار تخلف الشرط كعدم سقوطه بالتصرف مثلا - فلو صرح بالشرط مقتضى الدليلين البناء على ثبوتهما معا .

قوله قده ويؤيده ماورد من رواية (١) يونس الخ الاستدلال او التاييد

---

(١) الوسائل - باب ٦ من ابواب احكام العيوب حديث ١

بتلك الرواية تتوقف على ثبوت امور (الاول) دلالتها على اشتراط البكارة صريحا و هى ممنوعة لامكان ان يكون المراد من قوله اشترى جارية على انها عذراء انه كان معتقدا كونها كذلك (الثانى) دلالتها على التصرف ويمكن منعها ايضاً بوجدانها غير عذراء بغير المباشرة بالنقل و الاشتهار (الثالث) كون الثيبوبة عيباً و سياتى الكلام فيه ـ

التخيير بين الرد واخذ الارش

قوله قده ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشترى على الرد واخذالارش بلاخلاف الخ وقد استدل على ثبوت التخيير بين الرد واخذ الارش مع ان الجمود على ظواهر اخبار الارش يقتضى البناء على اختصاصه بما اذالم يمكن الرد بوجوه .

الاول ـ ان هناك طوائف من النصوص (احداها)(١) مادل على الرد مع السكوت عن الارش وهى كثيرة (ثانيتها) ما اطلق الارش من غير ذكر للرد كرواية (٢) يونس المتقدمة بناء على عدم ظهورها فى صورة التصرف ـ وخبر (٣) السكونى عن جعفر عن ابيه ان عليا (ع) قضى فى رجل اشترى من رجل عكة سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه الى على (ع) فقال له على (ع) لك بكيل الرب سمنا فقال له الرجل انما بعته منك حكرة فقال له (ع) انما اشترى منك سمنا و لم يشتر منك ربا بناء على ان يكون الرب مخلوطا بالسمن بحيث يعد عيبا فيه و كون اخذ السمن بكيله من باب الارش ـ ثالثتها (٤) ما تضمن تعين الارش بعد التصرف ـ و الثالثة اخص من الاولتين فتخصصان بها و انما التعارض بين الاولتين لان مقتضى الاولى تعين الرد و

---

(١) الوسائل ـ باب ١٦ ـ من ابواب الخيار وجملة من ابواب احكام العيوب

(٢) الوسائل باب ٦ ـ من ابواب احكام العيوب حديث ١

(٣) الوسائل باب ٧ ـ من ابواب احكام العيوب حديث ٣

(٤) الوسائل ـ باب ١٦ من ابواب الخيار وباب ٤ من ابواب احكام العيوب

مقتضى الثانية تعين الارش ومقتضى الجمع بينهما البناء على التخيير بان يحمل كل منهما على بيان احد فردى التخيير - او يقال انهما متعارضتان فيحكم بالتخيير (وفيه اولا) انه ليس فى شيء من النصوص ما يكون ظاهرا فى تعين الارش مع امكان الرد- والخبر ان كما ترى (وثانيا) ان الجمع بالنحو المذكور لا شاهد له و لا يكون عرفيا بل هما متعارضتان عند العرف والرجوع الى التخيير فى المتعارضين انما يكون بعد فقد المرجحات والترجيح مع نصوص الرد كما لايخفى .

الثانى-ما اشار اليه المصنف ره بقوله وقد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من ساير الاخبار وهو صعب جدا وجوه التكلف متعددة (منها) ما فى تعليقة السيد الفقيه- وهو ان يدعى ان المراد بالرد فى نصوصه رد البيع فى الجملة اعم من ان يكون بالرجوع بتمام الثمن بان يفسخ او بالرجوع بالارش لانه ايضا رد للبيع فى الجملة حيث لم يبقه على حاله من مقابلة المبيع بتمام الثمن(وفيه) ان الارش ليس جزء من الثمن فاخذه ليس رد اللبيع فى بعض مقتضاه (مع) ان الظاهر من النصوص كان متعلق الرد فيها رد المبيع او البيع-هو رد البيع بتمامه كما هو واضح(ومنها) ان التقييد بعدم امكان الرد فى نصوص الارش وارد مورد الغالب لان العادة قاضية بعدم امساك المعيب (وفيه)ان هذا لو تم فانما هو فيما اذا كان لدليل الارش اطلاق فيجمع بينهما بذلك و الا فمجرد عدم المانع اثباتا لايجدى (ومنها) غير ذلك مما هو واضح الفساد.

الثالث ما فى الفقه الرضوى(١) فان خرج السلعة معيبا وعلم المشترى فالخيار اليه ان شاء رده وان شاء اخذه اورد عليه بالقيمة ارش العيب (وفيه) ما تقدم فى اول الجزء الحادي عشر من هذا الشرح من ان كتاب الفقه الرضوى لم يثبت اعتباره بل لم يثبت كونه كتاب خبر وضعفه غير منجبر بالعمل .

الرابع كون ذلك مقتضى القاعدة بتقريب ان وصف الصحة الفائت بمنزلة

---

(١) المستدرك باب ١٢ من ابواب الخيار حديث ٣

الجزء فالمعقود عليه منحل الى اجزاء ثمنا ومثمنا فكما انه فى فوات الجزء يسترجع مقدار من الثمن يقابل ذلك الجزء فكك فى وصف الصحة فثبوت الارش على القاعدة ـ واما ثبوت جواز الرد فمن جهة ان فوات الوصف يوجب تبعض الصفقة فله الرد لذلك (وفيه اولا) ما فى المتن من ان لازم ذلك بطلان البيع بالنسبة الى الوصف الفائت ورجوع مقدار من الثمن الى المشترى مع انهم لايقولون بذلك بل باستحقاق المطالبة بحيث لولم يطالب لايرجع شيء من الثمن بل مع المطالبة ايضاً لايرجع مقدار من الثمن بل مايوازيه فى المالية(وثانيا) ان الارش قابل للاسقاط ولو كان ذلك عبارة عن رجوع مقدار من الثمن لم يكن قابلا للاسقاط (واما) ما افاده المصنف ره فى مقام الجواب ثانيا ـ وحاصله ان الجزء الخارجى ايضا اذا اخذ على وجه الشرطية لايقابل بالمال ولايقع شيء من الثمن بازائه (ففيه) ان الجزء يقابل بالمال مطلقا اخذ على نحو الشطرية او الشرطية لان الثمن يجعل فى مقابل المجموع . عند اهل العرف وهم المدار فى الباب واما الاوصاف فهى وان اوجبت زيادة المالية الا انها ليست بمال ولايجعل شيء من الثمن بازائها وتمام الكلام فى محله .

الخامس الاجماع ـ ولابأس بالاستدلال به فان هذا الحكم على خلاف القاعدة ومن المستبعد جدا استناد الفقهاء والاساطين الى ماتقدم من الوجوه ـ ومع ذلك طريق الاحتياط واضح .

قوله قده ينافيه اطلاق الاخبار بجواز الخ المراد من هذا الاطلاق هو الاطلاق من حيث امكان الرد وامتناعه ـ والاطلاق الذى انكره هو اطلاق النصوص من حيث التصرف وعدمه فلايتوهم التنافى بين هذه العبارة وبين ماتقدم منه من انه لااطلاق لنصوص الارش يشمل مالو لم يتصرف .

ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار لامثبت له

قوله قده ثم ان فى كون ظهور العيب مثبتا للخيار او كاشفا عنه الخ

اقول ان كان مدرك هذا الخيار الشرط الضمنى كان الخيار ثابتا من حين العقد

فان الشرط صحة المبيع واقعاً لاعدم ظهور العيب فالتخلف من حينه وكك الخيار (كما) انه لواستند الى حديث لاضرركان لازمه ثبوته من حين العقد فان لزوم العقد على المعيب ضرر وان لم يلتفت المشترى الى العيب (وان كان) المدرك هوالاخبار فقد يتوهم ان مقتضاها ثبوت الخيار من حين ظهور العيب فان نصوص الباب المتقدمة اشتملت على لفظ ظهور العيب ووجد انه ورؤيته والعلم به - والظاهر من كل عنوان اخذ فى الموضوع موضوعيته وحمله على الطريقية يتوقف على القرينة (ولكن) يمكن دفعه بان هذه الكلية تامة فى غير العناوين التى تكون الطريقية والمرآتية من مقومات حقائقها كالعلم واماقيها فالظاهر هواخذها بعنوان الطريقية والمرآتية ولذا فى جميع الموارد التى يؤخذ العلم فى الموضوع يحمل على ارادة الطريقية لاالموضوعية ومن تلك الموارد مقامنا هذا (مع) انه فى بعض الصحاح جعل السبب نفس العيب لاظهوره - لاحظ قول (١) ابى جعفر (ع) فى الصحيح - ايما رجل اشترى شيئاوبه عيب اوعوارولم يتبرأ اليه ولم يبين له اه - والجمع يقتضى البناء على ارادة الطريقية من الطائفة الاولى .

قوله قده لكن المتفق عليه هنا نصاوفتوى الخ بناء على عدم صحة اسقاط مالم يثبت وان كان سببه موجودا كما هو الحق فى الاسقاط المنجز الاستدلال بهذه النصوص والفتاوى متين فانه يستكشف من جواز اسقاطه قبل ظهور العيب ثبوت الخيار قبله - واما بناء على مختار المصنف ره من صحة الاسقاط مع وجود السبب فلايتم كما هو واضح - ويمكن ان يكون مراده من هذه العبارة انه لافائدة فى تحقيق كون العيب سببا اوظهوره - اذعمدة الاثر فى اسقاطه قبل الظهور وشرط سقوطه قبله وهما متفق عليهما هنا .

قوله قده ويؤيد ثبوت الخيار الخ لعل مقصوده ان الارش تدارك للفائت

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب الخيار - حديث ٢

(٢) الوسائل باب ٥١ - من ابواب احكام العيوب

وهذا الاربط له بظهور فوات الوصف لانه تدارك نفسه لاتدارك ظهوره (وفيه) ان هذا استبعاد محض لامانع من الالتزام به اى بثبوت الارش بعد ظهور العيب ـ وبعبارة اخرى يكون السبب هو العقد ولكن شرط تاثيره ظهور العيب .

قوله قده ثم انه لافرق في هذا الخيار بين الثمن والمثمن الخ ماافاده قده في وجه ثبوت خيار العيب فى الثمن من ان التقييد فى النصوص بالمبيع محمول على الغالب من كون الثمن نقدا غالبا والمثمن متاعا فيكثر فيه العيب بخلاف النقد ـ لايفيد فان حمل القيد على الغالب يفيد فيما اذا كان هناك اطلاق وفى المقام لااطلاق يعم الثمن والمثمن (فالحق) ان يقال ان مدرك هذا الخيار ان كان هو الشرط الضمنى ـ اوحديث لاضرر ـ اوالاجماع ـ ثبت ذلك بالاضافة الى الثمن ايضا ـ وان كان المدرك هو الاخبار فهى وان اختصت بالمبيع الاانه يمكن التعدى بضميمة دعوى القطع بعدم الخصوصية للمبيع فى ذلك والله العالم .

مسقطات الرد ـ الاسقاط

قوله قده يسقط الرد خاصة بامور ـ احدها التصريح بالتزام العقد واسقاط الخيار الخ لانه من الحقوق ولكل ذى حق اسقاط حقه .

قوله قده فالظاهر عدم سقوط الارش الخ لان الرضا بالبيع ليس رضا بالعيب فلاوجه لسقوط الارش .

قوله قده ولو اسقط الخيار فلا يبعد سقوطه الخ وفى حاشية السيد ره وجهه ان الارش ليس امرا خارجا عن الخيار وزائدا عليه بل نحو وجود خيار العيب هو التخيير بين امور ثلاثة الالتزام بالعيب والرد والارش انتهى (وفيه) ان للخيار معنى واحدا فى جميع الموارد وهو ملك حل العقد واقراره وهذا من احكام العقد ـ واما الارش فهو غرامة شرعية لتدارك الفائت واجنبى عن احكام العقد فاسقاط الخيار لايوجب اسقاط حق الارش .

التصرف مسقط

قوله قده الثانى التصرف فى المعيب عند علمائنا الخ كلمات القوم فى المقام مضطربة ولايمكن تحصيل الاتفاق على شىء - والوجوه المحتملة كثيرة- منها مسقطية التصرف مطلقا - و منها - مسقطيته اذا كان دالا نوعا على الرضا - ومنها - مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا وتغير المبيع - ومنها - مسقطية التصرف المغير للعين خاصة - ومنها- تغيرها ولو من غير تصرف - ومنها غير ذلك - والمهم ملاحظة الادلة - فاقول- ان التصرف اذا كان بقصد الالتزام بالعقد وكاشفا عنه كان مسقطا على القاعدة من جهة ان الاسقاط كساير الانشائيات لايعتبر فيه اللفظ ويمكن انشائه بالفعل - وان لم يكن بقصد الاسقاط فقد استدل على مسقطيته بوجوه.

احدها صحيح(١) زرارة عن ابى جعفر عليه السلام ايما رجل اشترى شيئا وبه عيب اوعوار ولم يتبرء اليه ولم يبين له فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء انه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لولم يكن به - بضميمة ما تقدم فى خيار الحيوان من التمثيل للحدث بالنظر والتقبيل واللمس (وفيه اولا) ما تقدم فى ذلك الباب من ان المراد من احداث الحدث ليس كل تصرف - بل كل تصرف مالكى لم يكن له قبل البيع و (ثانيا) ان احداث الحدث - غير احداث شىء فى المبيع والظاهر من الثانى ايجاد شىء فى المبيع يكون باقيا بخلاف الاول فهو عبارة اخرى عن تغير العين.

(ثانيها) اطلاق معقد الاجماع المدعى فى كثير من العبائر (وفيه) اولا ما تقدم من منع الاجماع المحصل والمنقول منه ليس بحجة و ثانيا انه ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن راى المعصوم عليه السلام.

ثالثها قيام النص (٢) والاجماع على سقوط رد الجارية بوطيها قبل العلم مع

---

(١) الوسائل- باب ١٦ من ابواب الخيار حديث ٢

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب احكام العيوب

عدم دلالته على الالتزام بالبيع وعدم تغييره للعين (وفيه) انه لاوجه للتعدى عنه الى ساير التصرفات فلا دليل على مسقطية التصرف مطلقا بل المستفاد من الصحيح مسقطية التصرف المغير للعين فيوافق مضمونه مع مفاد مرسل(١) جميل عن الصادق عليه السلام في الرجل يشترى الثوب او المتاع فيجد فيه عيبا فقال ان كان الشيء قائما بعينه رده على صاحبه واخذ الثمن - وان كان قد قطع او خيط او صبغ يرجع بنقصان العيب (فان قلت) ان المستفاد من المرسل مسقطية التغير ولو كان عن غير اختيار - والمستفاد من الصحيح مسقطية التصرف المغير فكيف التوفيق (قلت) انه لامفهوم للصحيح كي يدل على عدم مسقطية غير ما تضمنه فلامقيد لاطلاق المرسل (فالمتحصل) ان المسقط تغير العين وعدم قيامها بعينها كان بالتصرف او بغيره - وعموم التعليل فى اخبار(٢) الحيوان الذى استدل به على مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا نوعا وان لم يكن بقصد الاسقاط ستعرف حاله عند بيان ما يرد على المصنف ره (ويعضد) ما اخترناه من عدم مسقطية التصرف بقول مطلق ما ورد (٣) فى رد الجارية بعد ما لم تحض ستة اشهر عند المشترى ورد(٤) المملوك فى احداث السنة ونحو ذلك مما يبعد التزام التقييد فيه بصورة عدم التصرف - و جعل هذه الاخبار مخصصة لما دل على مسقطية التصرف كما عن صاحب الحدائق وان كان متينا لو كان دليل على مسقطية التصرف مطلقا الا انه مع عدم الدليل عليها تكون هى معتضدة لما اخترناه .

قوله قده والذى ينبغي ان يقال - ان التصرف بعد العلم مسقط للرد الخ

ان كان مراده ان التصرف الكاشف عن الرضا والالتزام بالعقد مسقط اذا كان مع قصد الالتزام به فنعم الوفاق - وان كان مراده مسقطية التصرف الكاشف وان لم يكن

---

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث - ٣
(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب الخيار
(٣) الوسائل باب ٣ من ابواب احكام العيوب
(٤) الوسائل باب ٢ - من ابواب احكام العيوب

بقصد الالتزام به واسقاط الخيار - كما يظهرمن استدلاله بما تقدم فى خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضا بالبيع فيردعليه ماعرفت هناك من ان المراد به تنزيل الحدث منزلة الرضا بالعقد تعبدا فراجع .

قوله قده فكان دعوى الاجماع وقعت من هؤلاء على السقوط بمايدل على الرضا الخ حيث انهم يصرحون بعدم الفرق بين التصرف قبل العلم بالعيب وبعده وفى كلاالموردين يحكمون بسقوط الخيارفيعلم ان مرادهم بما ذكروه ما هو ظاهره من ان التصرف بنفسه رضا بالعقد اى مسقط للخيار لانه يكون مسقطااذاكان دالا على الرضا- فيكون هذه العبارة منهم كعبارة(١)الامام عليه السلام فى احداث الحدث فى خيارالحيوان من الحكم بانه رضا بالبيع .

قوله قده ويرده مع ان مثلهما تصرف يؤذن بالرضا مرسلة(٢)جميل الخ

اقول يرد على ما افاده اولا ان مفروض عبارة المقنعة والمبسوط التصرف قبل العلم بالعيب وهوعنده قده لايؤذن بالرضا - ويرد على ما افاده ثانيا - ماسيجىء انشاءالله تعالى من ان الخروج عن الملك ليس من مصاديق عدم قيام العين بعينها .

تلف العين مسقط لهذا الخيار

قوله قده الثالث تلف العين اوصيرورته كالتالف فانه يسقط الخيار هنا الخ هاهنا فروع .

الاول - انه لوتلف العين حقيقة يسقط الخيار- والوجه فيه امران (احدهما) ان الرد علق فى المرسل على قيام العين بعينها وعدم ذلك تارة بتغير هيئتهاوخصوصية من خصوصياتها واخرى بتلف العين و يكون من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع (ثانيهما) ان الحق فى هذا الخيارفى نصوص الباب علق على الرد فاماان يكون حقيقة

---

(١)الوسائل باب ٤ من ابواب الخيار حديث١

(٢)الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث٣

هذا الخيار بخلاف ساير الخيارات حق رد العين اوتكون مثلها حق فسخ العقدغاية الامر مقيدا بفسخه برد العين وعلى اى تقدير مع انتفاء الموضوع لايعقل الرد فلايكون الحق باقيا .

الثانى انه اذا خرج العين عن ملكه بانتقالها الى الغير اوبانعتاقها ـ يسقط هذا الخيار ـ والوجه فيه ان مقتضى اطلاق الصحيح ـ فاحدث فيه بعد ماقبضه شيئاً ـ ان اخراجه عن ملكه وسلب هذا الامر الاعتبارى منه موجب لسقوط حق الرد (وبهذا) البيان يمكن تصحيح استدلال المصنف ره بالمرسل فانه لايكون العين قائمابعينها (اضف) الى ذلك ما تقدم من كون هذا الحق متعلقا بالرد فمع خروجه عن ملكه لايكون الموضوع باقيا اذاالمراد بالردليس هوالرد الخارجى بل رد الربط الملكى ومع زوال الملك لاربط ملكى كى يرجع الى البايع .

الثالث ـ انه لوعاد الملك الى المشترى فهل يجوزرده كما عن الشيخ والمفيد املاكما فى المتن ـ امهناك تفصيل وجوه ـ (قداستدل) السيد الفقيه وتبعه المحقق الايروانى ره للاول بانه يصدق ان العين قائمة بعينها فان ظاهرذلك عدم وجود وصف التغير فيهافعلا لاعدم حدوث التغير وان كان قدزال ـ وزادالمحقق الايروانى ره بان منصرف احداث شيء هواستمرار ذلك الحدث (اقول) ان هذا يتم فيما لوعاد الملك بالفسخ ـ واما لوعاد بارث او اشتراء و نحوهما فلايتم فان هذا الحق متعلق برد العين اى رد ربطها الملكى ومقتضى حقيقةالرد ومفهومه كون المردود جائيا من قبل البابع والملك الجديد لم يجيء من قبله فتدبر ـ فالحق هوالتفصيل .

حدوث عيب عند المشترى بعد العقد قبل القبض

قوله قده الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشترى الخ يقع الكلام فى موارد (الاول) فيما اذا حدث العيب بعد العقد قبل القبض ـ والكلام فيه تارة فى انه هل يكون سببا لثبوت الخيار للمشترى املا ـ واخرى ـ فى انه هل يمنع عن الرد بالخيار المسبب عن العيب السابق املا .

اما الجهة الاولى - فقد استدل لثبوت الخيار به - بقاعدة (١) الضرر - وبالارفاق بالمشترى - و بالنصوص (٢) الدالة على ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه (بتقريب) ان معناكونه من مال بايعه وقوع التلف فى ملك البايع ولازم تقديره فى ملك البايع ان العقد كانه لم يقع ومقتضاه لوكان التالف تمام المبيع انفساخ العقد ولوكان التالف جزئه انفساخه بالنسبة الى ذلك الجزء - ولوكان وصف الصحة جريان احكام العيب فان المنفى على الاخير حيثية الوصف لفرض وقوع العقد ومعنى عدم وقوع العقد على الموصوف مع فرض وقوع العقد وقوعه على المعيب (اوبتقريب) ان المستفاد من الاخبار تنزيل التلف اوالنقص قبل القبض منزلة التلف والنقص قبل العقد ولازم ورود العقد على الناقص اجراء احكام خيار العيب (وفى الكل نظر) اما قاعدة نفى الضرر فلما مر من انها لاتصلح لاثبات الخيار - و اما الارفاق فهو بنفسه لايصلح لذلك - واما النصوص فالموضوع فيها تلف المبيع وهو لايشمل تلف وصف الصحة فانه ليس مبيعا ولا جزءمنه وحملها على كون ذكر التلف من باب كونه اظهر الافراد يحتاج الى قرينة (مع) انه يرد على التقريب الاول - ان الوصف لم يقع عليه العقد ففرض العقد كان لم يكن غير مؤثر فى ضمان الوصف وترتب حكم الخيار (ويرد) على التقريب الثانى ان غاية مايستفاد من كون التلف من البايع دخوله فى ملك البايع بحيث يضاف اليه التلف وهو ملكه وليس لازم ذلك فرض دخوله فى ملك البايع قبلا اوفرض وقوع التلف قبل العقد حتى يكون لازمه ورود العقد على الناقص وتمام الكلام فى محله .

واما الجهة الثانية فملخص القول فيها ان مقتضى اطلاق مفهوم المرسل (٣) ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه - ان العيب الحادث بعد العقد ولو كان قبل القبض يمنع عن الرد بالعيب السابق وهذا لايفرق فيه بين ان يكون هذا العيب موجبا لحدوث الخيار املا .

---

(١) مرفى خيار الغبن مصادر الرواية الدالة عليها

(٢) الوسائل باب ١٠ - من ابواب الخيار - والمستدرك باب ٩ من ابواب الخيار

(٣) الوسائل - باب ١٦ من ابواب الخيار حديث ٣

حدوث العيب بعد القبض

المورد الثانی ما اذا كان حدوث العيب بعد القبض وفی زمان خيار المشتری و الكلام فيه من حيث انه يوجب سقوط الرد بالعيب السابق هو الكلام فيما اذا حدث العيب قبل القبض (واما) من جهة انه هل يوجب الخيار ام لا ـ فالنصوص متضمنة لان ضمان المال وضمان الحدث الحادث الشامل ذلك للعيوب والوصف الصحة على من لاخيار له والمراد بالضمان ان كان هو العهدة فظاهره ثبوت الغرامة عليه لا الخيار ولا الانفساخ وان كان هو كون التلف من البايع واستقرار الخسارة عليه اما انفساخا فی التلف اوفسخا كما فی العيب فالمتحصل منها ان الخسارة تستقر على البايع فيسترجع المشتری تمام الثمن من البايع اما لانفساخ العقد قهراكما فی التلف او للاخذ بالخيار وعلى ای تقدير لايوجب حدوث الخيار.

قوله قده الا ان المحكی عن المحقق فی درسه فيما لو حدث فی المبيع عيب الخ

الظاهر ان مراد المحقق ره ان العيب الحادث فی ثلاثة الحيوان لايؤثر فی حدوث الخيار وانما للمشتری الرد بنفس خيار الحيوان ولا ينافی ذلك كون ضمان الوصف الفائت على البايع بمعنی استقرار خسارته عليه بالمعنی المتقدم.

قوله قده لان العيب الحادث اذا لم يكن مضمونا على البايع الخ

قدعرفت ان المحقق ره لاينكر كونه مضمونا على البايع وانماهو ملتزم بانه لايوجب حدوث الخيار ـ ومع ذلك لا مانع من الالتزام بانه يمنع عن الرد بالعيب السابق من جهة مادل على سقوطه بتغير العين.

قوله قده فمنشأ هذا القول عدم ضمان البايع الخ قد عرفت انه ليس منشأً له بل المنشأ هو وجود المقتضی وهو مادل على سقوط الرد مع عدم قيام العين بعينها وعدم المانع.

قوله قده ان هذا من المحقق مناف لما ذكره فی الشرايع الخ

بما ذكرناه ظهر عدم التنافي فلاحظ وتامل .

قولـه قده ثـم انه ربما يجعل قول المحقق عكسا لقول شيخه الخ

الجاعل هو صاحب الجواهر ره وهوغير تام فان المحقق يقول بخيار واحدو هو خيار الحيوان وشيخه ملتزم بثبوت خيارين احدهماخيار الحيوان والاخر خيار العيب الحادث فى زمان الخيار فلاوجه لدعوى المعاكسة و كان صاحب الجواهر ره تخيل ان ابن نما يقول بثبوت خيار العيب خاصة فجعل قوله عكس قول المحقق ـ وضعفهما بان مقتضى الادلة التعدد.

العيب الحادث بعد القبض والخيار

قوله قده و اما الثالث اعنى العيب الحادث فى يد المشترى بعد القبض والخيارالخ هذا هو المورد الثالث من موارد البحث ـ والكلام فيه فى جهات (الاولى) فى بيان الادلة التى اقيمت لمانعية العيب الحادث بعد انقضاءالخيار للرد بالعيب القديم ـ وهى امور.

الاول ماعن العلامة ره فى التذكرةالمذكورفى المتن وعبارته لاتخلوعن تشابه (وتوضيح) ما افاده ـ انالعيب الحاصل تحت يد البايع يكون البايع متحملاله وتداركه انمايكون بجوازرد المشترى للمبيع على البايع ـ والعيب الحاصل تحت يدالمشترى يكون المشترى متحملاله وتداركه انمايكون بجواز امتناع البايع من استرداده فاحدهما مقتض و الاخر مانع فلايؤثر المقتضى فى جواز الرد فيتعين الامساك ـ (وفيه) ان مقتض اطلاق ادلة خيار العيب جواز الرد فـى صورة حدوث العيب عند المشترى ولا معارض لها فى مقام الاثبات سوى قاعدة نفى الضرر من جانب البايع و هى مع معارضتها بقاعدة نفى الضررمن جانب المشترى وتساقطهما معالاتصلح لمعارضةاخبار خيار العيب .

الثانى ما عن مفتاح الكرامة و هو ان العيب الحادث من جهة كونه مضمونا على المشترى كان بمنزلة احداثه فى المبيع حدثا المنصوص على مانعيته من الرد

(و فيه) انه لم يدل دليل على هذا التنزيل و مشاركتهما فى كون العيب مضمونا على المشترى مع افتراقهما من جهة كون الاحداث فعلا من افعال المشترى لاتصلح دليلا للتنزيل .

الثالث ما عن الجواهر- و هو عدم صدق الرد واقتضاء الرد عدم تعيب المبيع وجبره بالارش لايصيره ردا حقيقة (وفيه) ان صدق الرد يتوقف على بقاء ذات المبيع لاعلى بقاء جميع خصوصياته .

الرابع مرسل جميل (١) المتضمن لكون المردود قائما بعينه ولايصدق على المعيب انه قائم بعينه .

الجهة الثانية فى ان المدار على كون الحادث عيبا اصطلاحيا وهو ما يوجب الارش - اوعلى ما يوجب نقصا فى ماليته - اوعلى التغير الحسى - اوعلى التغير مطلقا لاينبغى التوقف فى انه ليس المراد به العيب الاصطلاحى - لعدم اخذه فى الموضوع مع ان خياطة الثوب الواقعة فى المرسل ليست عيبا - كما انه لاينبغى التوقف فى عدم كون المراد خصوص التغير المنقص للمالية لعدم كون الخياطة كذلك فيدور الامر بين الاخيرين (والظاهر) من المرسل هو الاخير فان عدم قيام العين قد يكون بورود النقص على ذاتها وقد يكون بوروده على صفتها القائمة بجرم المبيع و قد يكون بورود النقص على و صفها القائم بنفسها كنسيان العبد للكتابة - و قد يكون بورود النقص الاعتبارى كالشركة - ومقتضى اطلاق المرسل السقوط بكل ما يصدق عليه عنوان التغير الملازم لعدم قيام العين .

الجهة الثالثة اذا تغيرت العين بالزيادة فهل يكون ذلك مانعا عن الرد (لاطلاق المرسل- ام لا (لما) افاده المصنف ره بان الظاهر من قيام العين بقائها بمعنى ان لا ينقص ماليتها لابمعنى ان لاتزيد ولا تنقص- ام هناك تفصيل وجوه (اقواها) الاخير فان الزيادة اذا كانت مما يكون للمشترى بحيث لوفسخ البيع يكون له الرجوع

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب الخيار حديث ٣

على البايع بقيمتها اويكون شريكاله في العين بالنسبة فهى تمنع عن الردلان صبع الثوب بل و خياطته من هذا القبيل و ان لم تكن كك كسمن الدابة و تعلم الصنعة ـ لاتكون مانعة لان المنع من الرد لما كان رعاية لحال البايع فلا محالة يكون المرسل منصرفا عن ذلك فتأمل .

الجهة الرابعة اذازال العيب الحادث هل يجوز رد المبيع املا ـ وقداستدل للاول بوجوه (الاول) مافى المتن وحاصله ان الممنوع هورد المبيع معيوباًمن جهة اقتضاء دليل نفى الضرر وكون العيب الحادث مضمونا على المشترى فاذا انتفى الامران كمافى المقام ـ ارتفع المانع عن التمسك باطلاق دليل الخيار المقتضى لثبوته (وفيه) ان المقيد للاطلاق هومرسل جميل المتضمن لتقييده بقيام المبيع بعينه فالمتعين ملاحظة حاله (الثانى) مافى الحاشية و هو ان كون المبيع معيباً مقتض للرد و العيب الحادث مانع فاذا زال المانع اثر المقتضى اثره (وفيه) انه فى الشرعيات لايتميز المقتضى عن المانع ولابد من ملاحظة المقتضى فى مقام الاثبات (الثالث) مافى حاشية السيدايضاوهوصدق قيام العين ح بدعوى ان ظاهره اعتبار قيامهاعلى حال الرد وحين ارادته ـ وهذا يصدق فى الفرض (و فيه) ان الحادث غير الزائل بناء على امتناع اعادة المعدوم فالعين غير قائمة ـ فالاظهر بحسب النص عدم جواز الرد بلاحاجة الى التمسك بالاستصحاب .

الجهة الخامسة اذا رضى البايع برد المعيب بالعيب الحادث مجبورا بالارش اوغير مجبور هل للمشترى الرد بحق الخيار اولايجوز الابالاقالة والتفاسخ وجهان قداستدل للاول بوجهين (الاول) ما فى المتن و حاصله ان عدم جواز الرد على البايع من باب رعاية حال البايع والافالتغير لايمنع من الفسخ وحقه يسقط برضاه فيبقى حق المشترى بلا مزاحم (وفيه) ان مقتضى اطلاق دليل الخيار ثبوت حق الرد حتى مع التغير والمرسل قيده بمااذاكان العين قائمة بعينهاولايكون متكفلالاثبات حق للبايع وجواز امتناع البايع من قبول الرد انماهو لعدم الخيار للمشترى لالثبوت حق شرعى له وما افاده ره من ان ذلك لرعاية حال البايع لايثبت بهكون ذلك حقا قابلا للاسقاط (الثانى) قصور دليل مانعية العيب الحادث عن الشمول لما اذا رضى البايع فلامانع

عن الخيار الثابت بدليله فى ذلك الفرض (وفيه) ان منطوق المرسل - ان كان الثوب قائما بعينه غير مقيد برضا البايع فكيف يقيد مفهومه به مع ان المفهوم تابع للمنطوق فى العموم والخصوص فالاظهر انه ليس له الرد الا بعنوان الاقالة .

قوله قده ومما ذكرنا يعلم ان المراد بالارش الذى يغرمه المشترى عند الرد قيمة العيب لا الارش الخ محصل الفرق بينهما ان الارش الذى يغرمه البايع انما يكون بازاء مقدار من الثمن جعل بازاء وصف الصحة ولو فى لب الارادة فلو اشترى ما يسوى درهمين بدرهم فظهر كونه معيوبا وكان قيمة المعيوب نصف قيمة الصحيح يكون البايع فى المعاملة ملتزما بنصف درهم فى مقابل وصف الصحة لا بدرهم - وهذا بخلاف ما يغرمه المشترى فانه ان فسخ البيع يتمين عليه رد ما اخذه من البايع اليه او قيمته فحيث انه اتلف على البايع ما يوازى درهما فلابد من ان يغرمه بهذا المقدار وهذا هو مراد المصنف ره بقوله ان العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة والحادث مضمون بضمان اليد .

تبعض الصفقة لايمنع من الرد

قوله قده تنبيه ظاهرا لتذكرة والدروس ان من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة الخ لا اشكال فيما اذا اشترى شيئاً واحدا بعضه بثمن وبعضه بثمن آخر وانه لو ظهر احدهما معيوبا كان له الخيار بالنسبة اليه خاصة (كما) لا اشكال فى عدم جواز التفريق بينهما لو كان المبيع واحدا خارجيا ولو عرفا - كالجارية مع كون البايع واحدا والمشترى واحداً - انما الكلام فيما اذا كان البيع واحدا والمبيع متعددا خارجا كما لو جعل الاثنين منضما مبيعا واحداً فظهر احدهما معيوبا او كان البايع متعددا او المشترى كك فالكلام فى مقامات .

الاول - ما اذا كان التعدد المتصور فيه التبعض فى احد العوضين - فقد ادعى الاجماع على انه لايجوز التبعيض فيه من حيث الرد - وقد استدل له بوجوه.

احدها - ما عن الجواهر وحاصله ان الخيار حق واحد متعلق بمجموع المبيع

لاكل جزء منه لااقل من الشك والاصل اللزوم (وتوضيحه) ان الخيار حق حل العقد وهوواحد متعلق بمجموع المبيع لاكل جزء منه (وفيه) ان ظاهر ادلة الخيارات المجعولة لالخصوصية فى المبيع هو التسلط على حل العقد برد تمام المبيع فحل بعض العقد برد بعض المبيع فى المجلس لا دليل عليه - و اما الخيار المجعول لخصوصية فى المبيع كخيار الحيوان فظاهر الدليل كون متعلق الخيار هو ما فيه الخصوصية دون غيره فلوضم الحيوان الى شىء وباعهما صفقة واحدة ثبت خيار الحيوان فى خصوص الحيوان دون المجموع ومجرد وحدة العقد الانشائى لايقتضى ذلك بالتوهم المشاراليه والا لانسد باب خيار تبعض الصفقة - والمقام من قبيل الثانى فان المجعول خيار واحد متعلق بما فيه عيب وعوار لافى المجموع و عليه فمقتضى اطلاق الدليل جوازرده خاصة .

ثانيها - ماشاراليه المصنف ره وهوانه مقتضى المرسل (١) لانه لايصدق قيام المبيع بعينه لورد البعض (وفيه اولا) ان الظاهر من المرسل اعتبار كون المبيع قائما بعينه قبل الفسخ وهذا موجود فى المقام (وثانيا) ان المرادكون المعيب قائما بعينه وهوكك حتى بعدالفسخ .

ثالثها - ما استند اليه المصنف ره وهوان فسخ البعض يوجب الضررعلى البايع لانه فى الجزء المشاع موجب للشركة وفى الجزء المعين موجب للتفريق وكلاهما ضرونقص يوجب الخيارلوحدث فى المبيع الصحيح فهو اولى بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن وجبره بخيار البايع وتسلطه على استرداد المجموع ضررعلى المشترى لتعلق غرضه بامساك الصحيح - فيتعارضان فلايشمل الحديث شيئاً منهما. (وفيه اولا) منع كون مجرد التفريق ضررا فى جميع الموارد نعم هوضرر فى مثل بيع مصراعى الباب (وثانيا) ان جوازفسخ البايع ليس ضررا على المشترى اذ لا يجب عليه الفسخ بالنسبة الى المعيب كى يجوز للبايع استرداد الصحيح فهوباختياره يقدم

---

(١) الوسائل - باب١٦- من ابواب الخيار حديث -٣-

على ذلك ومثله لا يكون مشمولا للحديث (وثالثا) انه في بادى الامر ليس الاضرر المشترى من الصبر على المعيب فحديث لاضرر يشمله لوجود المقتضى وعدم المانع ومن شموله لذلك يتولد ضرر آخر على البايع ولايعقل ان يشمله الحديث والا لزم من شموله لضرر المشترى عدم شموله له وما يلزم من وجوده عدمه محال (ورابعا) ان غاية مايثبت بماافاده كون التبعيض ضررا على البايع ولكن مانعية ذلك عن اعمال المشترى خياره تتوقف على دليل مفقود وما ذكره من اولويته بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن يرد عليه منع الاولوية لان نسيان الدابة حدث مانع عن الرد وفي المقام يكون المبيع قائما بعينه.

رابعها - النص (١) المانع عن الرد بالخياطة والصبغ اذ المانع فيهما ليس الاحصول الشركة في الثوب بنسبة الصبغ والخياطة (وفيه) ان المانع هو تغير الهيئة وانما لايمنع ذلك اذا كان بما يوجب الزيادة لانصراف النص كما تقدم.

خامسها مافي المتن ايضا وهو ان مرجع جواز الرد منفردا الى اثبات سلطنة المشترى على امساك الجزء الصحيح ثم سلب سلطنته عنه بخيار البايع ومنع سلطنته على الرد اولا اولى ولااقل من التساوى فيرجع الى اصالة اللزوم (وفيه) ان مدرك خيار العيب ليس هو قاعدة لاضرر بل النص فلابد من الرجوع اليه و هو يقتضى خيار المشترى وبعد ذلك ان قام دليل على خيار البايع اخذ به ايضا والافلا.

سادسها - الاجماع (وفيه) انه لمعلومية مدرك المجمعين لايعتمد عليه (فتحصل) ان الاظهر ان التبعض لايمنع من الرد غاية الامر ان لكل من البايع والمشترى خيار تبعض الصفقة بالنسبة الى الجزء الصحيح.

قوله قده لان المردود ان كان جزء مشاعا من المبيع الواحد الخ علق عليه المحقق الايروانى ره بقوله - لااتصور تعيب الجزء المشاع ليثبت خيار العيب فيه حتى يلزم الشركة انتهى (وفيه) انه يتصور فيما اذا كان الجزء المشاع من المبيع مورد

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب الخيار حديث ٤

الدعوى فيكون المعيب هوالجزء المشاع .

قوله قده واما لصدق المعيوب على المجموع الخ مراده ما اذا كان المبيع واحد اعرفا وكان بعضه معيوبا والاكان التزاما بما ذكره صاحب الجواهر ره

قوله قده بل غاية الامر ظهور النصوص الواردة في الرد في رد البيع الخ هذا الترقى لدفع مايتوهم وروده على الشق الثانى وهو عدم اختصاص الخيار بالجزء المعيوب (وحاصله) انه وان سلم ظهور النصوص فى ذلك الا ان المنصرف منها وظاهرها ما اذاكان المبيع واحداعرفا ولاتشمل ماااذاكان المبيع اثنين منضمين الذى هومحل الكلام ـ ولكن لازم هذا البيان عدم الخيار فى المعيب المنضم الى الصحيح لافى الجزء ولافى الكل .

قوله قده ان مرجع جواز الرد منفردا الى اثبات سلطنة للمشترى على الجزء الصحيح الخ قدمر ان مرجعه ليس الى ذلك بل الى السلطنة على حل العقد على المعيوب وسلطنة البايع على حله بالاضافه الى الصحيح لاننا فى تلك بل لسلطنة المالك على ماله .

قوله قده وهذا ممايدل على ان محل الخيار هو الجزء المعيب الخ لادلالة فيما افاده على ذلك اذيمكن ان يكون نظر العلامة الى كون مورد الخيار المجموع وانما التزم بجواز رد المعيب من جهة رجوعه الى التفاسخ والاقالة .

حكم ما اذا كان المشترى متعددا

المقام الثانى ماااذاكان المشترى متعددا ـ كما ـ لواشتريا شيئا واحد افظهر فيه عيب ـ وقبل بيان الدليل ينبغى تقديم مقدمتين (احداهما) ان موضوع البحث فى هذا المقام والمقام الثالث انه بتعدد المشترى ـ اوالبايع ـ مع وحدة العقد الانشائى والمبيع عرفا هل يتعدد الخيار ام لا بل وحدة الخيار وتعدده تدوران مدار وحدة العقد اوالمبيع اوتعدده وموضوع البحث فى المقام الاول كان على العكس من ذلك وهو انه مع وحدة البايع والمشترى والعقد وتعدد المبيع هل يتعدد الخيار ام لا (ثانيتهما) فى

الاقوال في المسألة وهى اربعة- الاول الجواز-الثانى عدمه - الثالث التفصيل بين علم البايع بالتعدد فالاول وعدمه فالثانى - الرابع التفصيل المنسوب الى ظاهر المبسوط وهو الجواز مع تحقق القبول من المشترين والوجهان مع اتحاد القبول .

اذا عرفت هاتين المقدمتين - فاعلم انه قد استدل لعدم الجواز بوجوه (احدها) ان العقد واحد فالخيار الذى هو حل العقد واحد ومتعلقه المجموع فلايجوز رد البعض (وفيه) ان المراد من العقد الذى حكم عليه بالوحدة ان كان هو العقد الانشائى فيرد عليه-اولا- انه يمكن القول بتعدده اذا قبل المشتريان فانه لايمكن القول بوحدة الايجاب وتعدد القبول لتضائفهما - وثانيا - انه لاعبرة الابالبيع الحقيقى والعقد المعنوى اللبى - وان كان هو العقد المعنوى فيرد عليه انه مع تعدد الملكية لامحالة يتعدد التمليك لوحدة الايجاد والوجود وهو البيع الحقيقى (ثانيها) ان الثابت بالدليل هنا خيار واحد قائم باثنين فليس لكل منهما الاستقلال (وفيه) ان الدليل يثبت الخيار لكل من اشترى شيئا وبه عيب على نحو القضية الحقيقية وفعلية ذلك انما تكون بفعلية موضوعه وتعدده تابع لتعدد موضوعه خارجا ومن المعلوم انه يصدق على كل من المشتريين انه اشترى شيئا وبه عيب فمقتضى اطلاق النص ثبوت الخيار لهمستقلا (ثالثها) ان النص منصرف الى غير المقام اى الى ما اذا اتحد المشترى - وقداستند المصنف ره اليه فى المنع (وفيه) انه لوتم ذلك لزم ان لايحكم بالخيار لمجموع المشتريين ايضا - مع انه لايتم اذلاوجه للانصراف سوى الغلبة (رابعها) مااستدل به فى محكى التذكرة وغيرها وسلمه المصنف ره وهو ان لازمه التبعيض على البايع وهو عيب يمنع من الرد كساير العيوب الحادثة عندالمشترى (وفيه) اولاماتقدم من ان المبيع قائم بعينه قبل الفسخ ولوسلم تغيره بعد الفسخ فهو لايكون مانعا - وثانيا - انه بعد الفسخ ايضا قائم بعينه - فان مااخذه كل من المشتريين قائم على ماكان عليه عند اخذه فانه لم ياخذ الاحصة نفسه فافتراق حصته عن حصة صاحبه ليس نقصا فيما اخذه والظاهر ان هذامراد العلامة ره من قوله ان التشقيص حصل بايجاب البايع - ولايرد عليه ماذكره المصنف ره بقوله انه تبعض بالاخراج والمقصود حصول المبيع

فى يدالبايع كما كان قبل الخروج فانه يرد عليه ان المقصود ارجاع ماتلقاه من البايع وتملكه منه وهو حاصل (خامسها) ماذكره المصنف ره ايضا بقوله ان خلاف ذلك ضرر على البايع وعلم البايع بذلك ليس فيه اقدام على الضرر الاعلى تقدير كون حكم المسألة جواز التبعيض وهو محل الكلام - وقد تقدم الجواب عن ذلك فى المقام الاول (فتحصل) ان الاظهر جواز الرد - كماظهر مدرك القولين الاخرين والجواب عنه .

قوله قده فمبنى المسألة على مايظهر من كلام الشيخ على تعدد العقد الخ

قد عرفت ان مبنى المسألة على ان الخيار واحد او متعدد

المقام الثالث ما اذا كان البايع متعدداً ففى المتن والظاهر عدم الخلاف فى جواز التفريق اذلا ضرر على البايع بالتفريق - ولكن يرده ان مجرد عدم المانع لايكفى فى الحكم بثبوت الخيار (وبالجملة) ان الكلام فى هذا المقام بعينه هو الكلام فى المسألة المتقدمة دليلا ومختارا - فالاظهر هو الجواز فى المقامات الثلاثة .

مسقطات الارش

قوله قده يسقط الارش دون الرد فى موضعين احدهما اذا اشترى ربويا بجنسه الخ الظاهر انعقاد الاجماع على صحة العقد وجواز الرد والعفو - انما الكلام فى انه هل يستحق الارش - ام لا - ام يفصل بين اخذه من الجنس فلايجوز ومن غيره فيجوز - وتنقيح القول فى المقام يقتضى التكلم فى موردين (الاول) فى انه هل يوجب اخذ الارش الربا ام لايوجب (الثانى) فى حكمه على فرض صيرورته ربويا .

اما الاول - فقد استدل على صيرورته ربويا باخذ الارش بوجوه .

منها مايظهر من آخر كلام المصنف ره وهو ان الارش عوض وصف الصحة فمع كون الصحيح والمعيب جنسا واحدا وان وصف الصحة فى احد الجنسين كالمعدوم لايترتب على فقده استحقاق عوض على ماهو المستفاد من الادلة لامحالة يكون زائدا على ما يساوى الجنس الاخر فيشمله ادلة حرمة الربا اذلافرق فيها بين سببية العقد للزيادة بلاواسطة اوبواسطة سببيته لاستحقاق الارش (وفيه) ان الارش غرامة شرعية

مجعولة لان العقد سبب له وبعبارة اخرى مايتكفله دليل الربا انما هو عـدم جواز التمليك على وجه التفاضل لا ايجاد موضوع له حكم شرعى قهرى .

ومنها ان الارش وان كان مجعولا شرعياً الا انه لافرق فى حرمة الربا بين كون الزيادة بجعل من المتعاقدين او بحكم الشارع فانه من باب تتميم الناقص مع انهما متماثلان من حيث المقدار (وفيه) ان جعل الارش من الشارع ليس بعنوان تتميم الناقص بل هو غرامة محضة .

ومنها ان الارش وان لم يوجب زيادة احد العوضين الا انه يوجب نقص الاخر وهو مايؤخذ منه الارش (وفيه) انه سيجىء فى محله من ان الارش ليس جزء من العوض كى يكون تنقيصا موجباً لتعادل العوضين ـ بل لو سلم حكم الشارع برد بعض الثمن ـ لايكون ذلك بعنوان انفساخ بعض العقد بل بعنوان تملك جديد .

ومنها ان الارش انما يكون بالتزام البايع بالتدارك عند نقص وصف الصحة فهو من قبيل شرط الزيادة داخل فى الربا (وفيه) اولا ان لازم ذلك بطلان البيع ـ وثانيا ـ ان اشتراط وصف الصحة كاشتراط ساير الصفات ليس التزاما بالارش بل بالخيار والارش جعل بحكم الشارع .

ومنها ماعن المحقق الخراسانى ره وهو ان الارش وان لم يوجب انعقاد العقد على المتفاضلين ـ الا انه يوجب استقراره عليهما ولا فرق فى الربا بين ان يكون انعقاد العقد على المتفاضلين او استقراره عليهما (وفيه) ان اللزوم خارج عن العقد فصيرورة العقد لازما باخذ الارش غير كون استقرار العقد متوقفا عليه (فتحصل) انه لا يكون داخلا فى الربا ـ فالاظهر صحة العقد وجواز اخذ الارش .

و اما المورد الثانى فان قلنا بدخوله تحت دليل حرمة الربا ـ لامحالة يقع التعارض بين ذلك الدليل ودليل استحقاق الارش و حيث ان النسبة عموم من وجه و دلالة كل منهما على حكم المجمع بالاطلاق فاما ان يقال انهما يتساقطان و يرجع الى اصالة عدم استحقاق الارش ـ او انه لابد من الرجوع الى المرجحات والترجيح مع دليل حرمة الربا وعلى التقديرين يسقط الارش .

قوله قده الثانى مالو لم يوجب العيب نقصا فى القيمة فانه لا يتصور هنا ارش الخ ما افاده قده من الكبرى الكلية من القضايا التى قياساتها معها فانه مع عدم التفاوت لا يعقل ما به التفاوت الذى هو الارش (انما) الكلام فى انه هل يتحقق مورد لذلك اى يكون النقص موجباً للعيب الموجب للخيار ولا يوجب نقصا فى القيمة والمثبتون مثلوا له بالخصاء فى العبيد (واورد) عليهم بانه يوجب نقص القيمة لفوات بعض المنافع عنه كالفحولة وانما يرغب فى الخصى قليل من الناس لبعض الاغراض الفاسدة و هو لا يوجب زيادة المالية (واجاب) المصنف ره عن الايراد بان الراغب فيه لذلك الغرض بما انه كثير ومناط المالية بذل متعارف الناس مقدارا من المال بازاء الشيء لا محالة يكون الخصاء غير منقص للمالية (اقول) انه بناء على ما سياتى من المصنف ره من دخل نقص المالية فى صدق العيب لا مجال لهذا البحث فى المقام فانه كما يكون الارش ساقطا ح يكون خيار العيب ساقطا رأسا واما بناء على مسلك من يرى عدم دخله فى صدق العيب يبقى لهذا البحث فى المقام مجال فانه يبحث فى ان الخصاء كما انه يوجب جواز الرد لكونه عيبا يوجب جواز اخذ الارش لكونه منقصا للقيمة۔ ام لا يوجب لعدم كونه منقصا لها۔

مسقطات الرد و الارش ـ العلم بالعيب

قوله قده يسقط الرد والارش معا بامور احدها العلم بالعيب قبل العقد الخ الظاهر انه مما لا كلام فيه ولا اشكال والوجه فيه عدم المقتضى للخيار ـ اما اذا كان المدرك لهذا الخيار الاخبار فلانها مختصة بصورة الجهل لما فيها من التعبير بظهور العيب ووجدانه ورؤيته وجميع تلك بعد البيع۔ وان كان المدرك قاعدة لا ضرر فلانها مختصة بصورة الجهل اذ لا منة فى رفع حكمه مع العلم (والظاهر) الى هذا نظر المصنف ره من قوله لان الخيار ثبت مع الجهل فلا يكون ما افاده مصادرة كما توهم .

قوله قده و قد يستدل بمفهوم صحيحة زرارة المتقدمة الخ مورد

الاستدلال صدر الصحيح (١) المشار اليه (ايما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار ولم يتبرء اليه ولم يبين له فاحدث الخ) والمستدل هو صاحب الجواهر ره وتقريب الاستدلال به انه وان كان في مقام بيان مانعية احداث الحدث عن الخيار الا انه من تقييد موضوع الخيار بعدم التنبيه الماخوذ طريقا الى الجهل يستكشف اختصاص الخيار بصورة الجهل (وتنظر) المصنف ره فيه - و جملة من المحشين منهم السيد والمحقق الايرواني ره ذكروا ان منشأ نظر المصنف ره انه لا مفهوم له فاوردوا عليه بايرادات (احدها) انه سيستدل به عن قريب في مسألة السقوط بالتبري مع ان دلالته على السقوط به - او بالعلم على نسق واحد (ثانيها) ان الشرط فيه وان كان مسوقا لبيان تحقق الموضوع الا انه من جهة تقيده بقيد يكون له مفهوم الشرط بالنسبة الى ذلك القيد فيكون نظير ان يقال ان رزقت ولدا ذكرا سويا فاختنه (ثالثها) ان المفهوم الذي يؤخذ منه هو مفهوم القيد وهذا المفهوم ان لم نقل به في غير مقام فلا يبعد القول به في المقام لمكان ورود الرواية في مقام ضبط مورد الخيار مقدمة لبيان سقوطه باحداث الحدث (ولكن) الظاهر ان وجه نظر المصنف ره انه يحتمل ان يكون المراد من قوله لم يبين له اعتبار عدم رفع الالتزام بالصحة اي لم يصدر من البايع تنبيه على العيب حتى يخرج عن عهدة البيع فيجامع عدم التنبيه مع علم المشتري بالعيب لا اعتبار عدم التنبيه وعليه فتوقف المصنف ره في محله ولا يرد عليه شيء مما تقدم.

(قوله قده فلو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريدا به الخيار الخاص الخ)

الاقوال فيه ثلاثة صحة العقد والشرط اختاره صاحب الجواهر ره - فساد الشرط - والعقد اختاره المصنف ره صحة العقد وفساد الشرط - فالكلام يقع في موردين (الاول) في حكم الشرط (الثاني) في حكم العقد.

اما الاول - فقد استدل المصنف ره للفساد بانه خلاف المشروع (توضيحه) ان مدرك الخيار هو النص الخاص فهو كما عرفت مختص بصورة الجهل فلا مقتضي

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب الخيار - حديث ٢

للخيار مع العلم ـ و الشرط لاتحقق المقتضى لذلك الخيار الخاص المنحصر في سبب خاص (و في الجواهر) الاستدلال للصحة بما توضيحه ان الضرر مقتض للخيار والاقدام مع العلم مانع من حيث كشفه عن الرضا ومع الشرط ترتفع الكاشفية فلامانعية (وفيه) اولا ان المقتضى في مقام الاثبات هو الاخبار وهي كما عرفت مختصة بصورة الجهل (وثانيا) انه لوسلم كون المقتضى في مقام الاثبات هي قاعدة لاضرر فكونها مقتضية حتى مع العلم غير ثابت بل المقتضى هو الضرر المستند الى الشارع فمع العلم لامقتضى حيث ان الضرر لايستند الى الشارع كمالايخفى ـ فالاظهر فساد الشرط .

واما المورد الثاني ـ فان قلنا ان الشرط الفاسد مفسد فسد العقد ايضا والافلا وبذلك يظهر ان المصنف ره الباني على عدم مفسدية الشرط الفاسد ليس له الحكم بفساد العقد في المقام ـ

التبرى عن العيوب

قوله قده الثاني تبرى البايع عن العيوب الخ لااشكال في سقوط الخيار بالتبرى عن العيب الموجود (ويشهدله) مفهوم صحيح زرارة المتقدم بالتقريب المتقدم ومكاتبة(١) جعفر بن عيسى الاتية قال كتبت الى ابى الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فاذا نادى عليه برء من كل عيب فيه فاذا اشتراه المشترى ورضيه ولم يبق الانقد الثمن فربما زهد فاذا زهد فيه ادعى فيه عيوبا وانه لم يعلم بها فيقول له المنادى قد برئت منها فيقول المشترى لم اسمع البرائة منها يصدق ام لا يصدق فكتب عليه السلام عليه الثمن الخبر ودلالتها على المدعى لاتنكر ومع الخبرين لاوجه للنزاع فيمايقتضيه القواعد.

واما العيب المتجدد الموجب للخيار كالحادث بعد العقد قبل القبض اوفي زمان خيار المشترى ـ فقداستدل المصنف ره لصحة شرط التبرى منه بعموم المسلمون

---

(١) الوسائل باب ٨ـ من ابواب احكام العيوب

عند شروطهم (٢) - ثم اورد عليه ايرادين (احدهما) انه من قبيل البرائة مما لاثبوت له فيكون كاسقاط مالم يجب (و نقل) عن العلامةره الجواب عنه بان البرائة ليست من العيب بل من الخيار الذى هومقتضى العقد (واجاب عنه) بان العقد ليس سببا لهذا الخيار بل سببه حدوث العيب فهوغير ثابت ولو بثبوت مقتضيه فيكون كالعيب غير الحادث من حيث تعلق البرائة بمالاثبوت له (اقول) ان التبرى من العيب مرجعه الى شرط عدم الخيار وسقوطه وقدمر مرارا ان اسقاط مالم يجب معلقا على ثبوته لامانع منه فراجع (ثانيهما) انه موجب للغرر بتقريب ان ارتفاع الغرر انما كان بالالتزام بالصحة وشرط عدم الخيار والتبرى من العيب مرجعه الى عدم الالتزام بالصحة فيعود الغرر (واجاب عنه) بان ارتفاع الغرر انمايكون بغلبة السلامة المحفوظة مع التزام البايع وعدمه فلايعود الغرر بالتبرى المنافى للالتزام بالصحة (اقول) ويرده مضافا الى ذلك ما ذكره فى آخر كلامه وهو ان العيب الحادث لعدم وجوده حال العقد لا يلزم من عدم اشتراطه الغرر فتدبر (فالاظهر) صحة هذا الشرط وقد تقدم الكلام فى مبحث خيار الرؤية فى وجوه المنافاة بين شرط عدم الخيار و ما يرتفع به الغرر ودفع تلك الوجوه فراجع .

قوله قده وقد اعترف قده فى بعض كلماته بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية الخ اقول ان سقوط الخيار اوعدم ثبوته غير اسقاط الخيار معلقا اومنجزاً ولا محذور فى الالتزام بعدم جواز الثانى وجواز الاول كما تقدم وعليه فلاتنافى بين كلماته .

قوله قده بل الغرر فى الاول اعظم الخ هذا وجه آخر لعدم جواز التبرى لاربط له بماسبق - ثم ان وجه الاعظمية ان كون المبيع فاقد الوصف الصحة اعظم من كونه فاقد الوصف الكمال .

قوله قده باندفاع الغرر فى الاول بالاعتماد على اصالة السلامة الخ

---

(٢) الوسائل - باب ٦ من ابواب الخيار وباب ٤ من ابواب كتاب المكاتبة

فى الحاشية اقول هذا ينا فى ماذكره آنفا وفاقا للتذكرة من انه اذا صرح البايع بالبرائة يرتفع اقتضاء اطلاق العقد السلامة انتهى (ويمكن) دفعه بان ارتفاع الاطلاق لايساوق عدم الغلبة بل عدم ارادة الصحيح وبعبارة اخرى التبرى انما ينفى الملازمة بين ارادة الصحيح و ورود العقد على الغالب لانه ينفى غلبة السلامة فتدبر .

قوله قده ثم ان البرائة فى هذا المقام يحتمل اضافتها الى امور الخ

لما كانت البرائة ممالاربط له بالمتبرى غير صحيح والعيب بنفسه من مصاديق ذلك التجأ الى ابداء احتمالات فى التبرى الموضوع للحكم فى المقام (احدها) ارادة البرائة عن تعهد البايع له واثره سقوط الرد والارش (ثانيها) ارادة البرائة عن ضمانه لمابه التفاوت واثره سقوط الارش (ثالثها) ارادة البرائة عن الحكم المترتب عليه وهو الخيار ـ والمصنف مع اعترافه بان الاظهر فى العرف هو المعنى الاول ـ قال وانسب بمعنى البرائة هو الثانى (وفيه) ان البرائة فى الجميع بمعنى واحد كانت امرا وجوديا يساوق التجنب عنه ونحوه ام معنى سلبيا وانما الفرق فيما اضيف اليه ـ فالمتعين هو الاول .

قوله قده ثم ان تبرى البايع عن العيوب مطلقا اوعن عيب خاص انما يسقط تاثيره من حيث الخيار اماساير احكامه فلا فلو تلف بهذا العيب فى ايام خيار المشترى الخ الظاهر ان مورد كلام المصنف ره والشهيد تلف المبيع فى ايام خيار آخر مختص بالمشترى غير خيار العيب الساقط بالتبرى لاالتلف فى ايام خيار العيب اذالتلف فى تلك الايام غير مشمول لقاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لاخيار له لما عرفت من انه يوجب سقوط حق الرد بمقتضى النصوص لاالانفساخ فما فى حاشية السيد ره من الايراد على المصنف ره بان ظاهر العبارة خلاف المقصود ـ فانها ظاهرة فى ارادة الفرع الاول مع ان المقصود الفرع الثانى فى غير محله .

ثم ان الكلام فى الفرع المقصود (ليس) فى ان ظاهر التبرى من العيب التبرى عن هذه العهدة ايضا ام لا ـ لان هذا البحث لا يلائم التعليل بعموم النص ـ مع انه

هين وتابع لقصد البايع وظاهر كلامه (ولا) فى ان هذه العهدة هل تكون من الحقوق وقابلة للاسقاط بان يكون مفاد قاعدة التلف في زمان الخيار كون دركه و خسارته عليه فيكون الضمان هنا كساير الموارد قابلا للاسقاط ـ اوتكون من الاحكام وغير قابلة للاسقاط بان يكون مفاد القاعدة انفساخ العقدكما هوالمعروف ـ فانه لايلائم التعليل مع انه سيأتى فى احكام الخيار تنقيح القول فيه (بل) فى انه بناء على كون ذلك من قبيل الحكم هل النص المتضمن له مختص بصورة عدم التبرى من العيب ام يشمل صورة التبرى ـ والمصنف ره اختار الثانى وعلله بعموم النص ـ وهو متين

ماقيل بكونه مسقطا للرد والارش

زوال العيب قبل العلم به

قوله قده منها زوال العيب قبل العلم به الخ الاقوال والوجوه فيه ثلاثة ثالثها ما قواه المصنف وهو كونه مسقطا للرد دون الارش ـ فالكلام يقع فى مقامين.

الاول ـ فى انه هل يسقط الرد املا ـ وقد استدل للمسقطية فى المتن وغيره (بانه) الظاهر من الادلة المتضمنة لاثبات حق الرد على المعيوب الظاهر فى المتلبس بالعيب فعلا (وفيه) ان ماعلق عليه الرد فى النص ليس هو المعيوب بل الموضوع هو الاشتراء الخاص وهو اشتراء شيء وبه عيب و بعبارة اخرى عنوان موضوع الخيار وقوع العقد على المعيوب وهذا العنوان لاانقضاء له بل هو يكون باقيا ولو بعدارتفاع العيب فمقتضى اطلاق النص بقائه (ولو اغمض) عن ذلك و شك فى بقائه فهل يجرى الاستصحاب املا ـ قد يقال بالعدم ـ من جهة الشك فى بقاء الموضوع ـ اوتيقن ارتفاعه ـ ومن جهة انه من الشك فى المقتضى ـ ومن جهة انه لو كان زوال العيب قبل العلم به فليس له حالة سابقة بناء على كون الخيار حادثا بعد العلم ـ وكذا اذا كان زواله بعده لاحتمال كون الزوال قبل الرد كاشفا عن عدم ثبوته من الاول ـ وفى الكل نظر (اما الاول) فلما عرفت من ان الموضوع متيقن الثبوت لانه من اشترى شيئاً وبه عيب وهذا الموضوع باق قطعا (واما الثانى) فلان الشك فى المقتضى بهذا المعنى مورد لجريان الاستصحاب

(واما الثالث) فلما تقدم من ظهور الدليل فی ثبوت الخيار قبل العلم (نعم) بناءعلى المختار من عدم جريان الاستصحاب في الاحكام لايجرى هذا الاصل .

المقام الثانى فی انه هل يسقط الارش املا - فان قلنا بعدم سقوط الرد فالحكم واضح وان قلنا بسقوطه - فربما يقال كما فی المتن بعدم سقوطه واستدل له(بما توضيحه) ان استحقاق مطالبة الارش فرع اشتغال الذمة بما به التفاوت وبرائةالذمة بعد اشتغالها تحتاج الى دليل والا فالاصل يقتضى بقائه وليس الارش من قبيل الرد موضوعه العين الخارجية كي يتبدل الحكم بتبدل العين من المعيوبية الى الصحة - (وفيه) ان الذمة لاتكون احد طرفی التخيير فمعنى استحقاق الارش استحقاق التغريم فاذاكان الموضوع هو المعيب سقط ذلك بارتفاعه (فتحصل) ان الاظهر بقاء الرد و الارش .

قوله قده وهو ان الزائل العائد الخ و فيه ان الصحة وان زالت ثم عادت الاانها حين وجودها قبل العقد لم تكن مناطا للمطلب - هذا اذا اريد بالزائل وصف الصحة وان اريد به العيب فهو لم يعد فتدبر .

التصرف بعد العلم بالعيب

قوله قده ومنها التصرف بعد العلم بالعيب الخ الكلام فی هذا الفرع يقع فی مقامين (الاول) فيما يقتضيه القواعد (الثانى) فی مقتضى النصوص الخاصة -اماالاول- فان كان التصرف كاشفا عن الاجازة واسقاط الخيار وقصد به ذلك يكون مسقطا للخيار اذلافرق فی الاسقاط بين كون المظهر فعلا اوقولا - والا فلايكون مسقطا - (واما) النص (١) العام الدال على مسقطية التصرف لخيار الحيوان معللابانه رضا بالبيع - فقدعرفت حاله وانه لايدل على مسقطية التصرف لكل خيار هذا بالنسبة الى الرد (واما) الارش فان قلنا بعدم كون التصرف مسقطا للرد وعدم الاخذ بعموم

---

(١) الوسائل- باب ٤ -من ابواب الخيار حديث ١

العلة فالامر واضح -وان قلنا بمسقطيته له لعموم العلة اوغيره - فقد استدل لمسقطيته له بانه علامة الرضا بالمعيب - ورد بانه علامة الرضا بالمبيع لابالعيب (وفيه) ان الالتزام بالبيع الشخصي المتعلق بالمعيب لامحالة يكون التزاما بالعيب لعدم معقولية الانفكاك (فالاولى) رده بان الرضا بالعيب يتصور على وجهين احدهما الرضا به مجانا وبلاعوض ومرجع ذلك الى الابراء واسقاط حق التغريم ثانيهما الرضا به مع العوض وحيث لاكاشفية له عن عدم اخذ العوض فلايكون مسقطا له.

واما المقام الثاني - فالنصوص الخاصة تدل على مسقطية التصرف المغير للعين بل تغير العين كمامر للرد وهي اما مطلقة من حيث العلم والجهل او مختصة بصورة الجهل بالعيب فتدل على المسقطية في صورة العلم بالاولوية -ولاتدل على سقوط الارش ولاعلى عدم سقوطه في صورة العلم. فان ظاهر صحيح (١) زرارة ايما رجل اشترى شيئا وبه عيب وعوار. فاحدث فيه بعد ماقبضه شيئا ثم علم بذلك العوار - حدوث العلم بعد التصرف فلاتعرض له لصورة العلم واما مرسل (٢) جميل فظاهره كون مقسم الشرطتين وجدان العيب بعد الاشتراء والتغير مع انه لوسلم عدم تقييده بصورة وجدانه بعد التغير لااطلاق له من هذه الجهة فانه وارد لبيان حكم الرد والارش من حيث التغير وعدمه لامن حيث العلم والجهل - واما اخبار وطء الجارية فجملة منها (٣) مختصة بالتصرف قبل العلم، ومايتوهم اطلاقه خبران احدهما (٤) خبر عبدالملك عن الصادق عليه السلام لاترد التي ليست بحبلى اذا وطئها صاحبها وله ارش العيب ثانيهما (٥) خبر محمد بن ميسر عنه عليه السلام كان علي عليه السلام لايرد الجارية بعيب اذا وطئت ولكن يرجع بقيمة العيب. ولكن الاول في مقام الفرق بين الحبلى وغيرها - لافي مقام بيان حال الوطء علما وجهلا - والثاني بين اجماله في خبر (٦) ثالث عن الصادق عليه السلام قال

(١-٢) الوسائل - باب ١٦ من ابواب الخيار حديث ٢-٣

(٣) الوسائل باب ٤- ٥ من ابواب احكام العيوب

(٤) الوسائل باب ٥ من ابواب احكام العيوب حديث ٣

(٥ - ٦) الوسائل باب ٤- من ابواب احكام العيوب حديث ٨-٢

قضی امیر المؤمنین (ع) فی رجل اشتری جاریة فوطئها ثم وجد فیها عیبا (فما) افاده المصنف ره من ان اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم مم (فی غیر محله).

التصرف فی المعیب الذی لم تنقص قیمته بالعیب

قوله قده ومنها التصرف فی المعیب الذی لم تنقص قیمته بالعیب الخ

قد یتوهم ان التعرض لهذا المبحث فی غیر محله انسقوط الرد والارش مع اجتماع مسقط هذا و مسقط ذاك من القضایا التی قیاساتها معها (ولکن) یرده ان التعرض له لجهتین (احداهما) من جهة توهم عدم المقتضی للمسقطیة فی صورة الاجتماع (ثانیتهما) من جهة توهم وجود المانع - اما الجهة الاولی - فتقریب عدم المقتضی ان النصوص المتضمنة لسقوط الرد بالتصرف المغیر مختصة بمورد فیه الارش ولا تعرض لها بما لا ارش فیه (وفیه) ان مرسل جمیل متضمن لشرطیتین. احداهما - ثبوت الرد مع قیام المبیع بعینه - والثانیة - سقوطه مع التغیر - والثانیة وان اختصت بمورد ثبوت الارش الا ان الاولی بما ان منطوقها مطلق مفهومها ایضا کذلك فتدبر فانه لا یخلو عن التأمل والنظر

واما الجهة الثانیة فتقریب وجود المانع ان فی بقاء مسقطیة المجتمعین الضرر علی المشتری فینتفی ذلك بحدیث لا ضرر (وفیه) ان التصرف مع العلم بمسقطیته یکون اقداما علی الضرر وبدونه لا یوجب الضرر المالی لفرض انتفائه والضرر من حیث الغرض المعاملی حیث انه موجود فی جمیع موارد التصرف المسقط قبل العلم فیخصص دلیل نفی الضرر بما دل علی مسقطیته.

قوله قده ومنها حدوث العیب فی المعیب المذکور الخ لا کلام فی سقوط الارش - انما الکلام فی سقوط الرد ایضا واورد علیه (تارة) بان مدرك مانعیة العیب الحادث عن الرد الاجماع و هو مختص بغیر الفرض (واخری) بان مدرکه النص الخاص ومورده صورة ثبوت الارش (وثالثة) بان لزوم صبر المشتری ضرر علیه فینتفی بحدیث لا ضرر (ولکن) یرد علی الاول ان المدرك لیس هو الاجماع بل النص الخاص

ويرد على الثانى ان المرسل عام شامل لصورة عدم ثبوت الارش - ويرد على الثالث ان هذا الضرر يلزم فى جميع موارد العيب الحادث فالنص (١) الدال على مسقطيته للرد يقيد اطلاق (٢) حديث لاضرر.

لو ثبت احد مانعى الردفيما لايؤخذالارش فيه

قوله قده ومنها ثبوت احدمانعى الرد فى المعيب الذى لايجوزاخذ الارش فيه لاجل الربا الخ مما ذكرناه فى الفرعين السابقين يظهر حال هذين الفرعين المذكورين فى المقام فان الاقوال والادلة متحدة - وانما تعرض لهما المصنف ره ثانيا لبيان امرين - احدهما - فيما افاده العلامة ره فى وجه امتناع الرد - ثانيهما فى بيان مابه يتدارك ضرر المشترى.

اما الاول - فقد افاد العلامة فى وجهه انه لورد بدون ارش العيب الجديد لزم الضرر على البايع واورد معه لزم الربا وعلله بان المردود ح يزيد على عوضه - والمصنف ره احتمل فى مراده وجهين (الاول) ان يكون مراده لزوم الربا فى الفسخ فانه يضم الى المثمن المردود شيء آخر وهوالارش (والثانى) ان يكون مراده لزوم الربا فى المعاملة - واورد عليه السيد الفقيه ره بان مراد العلامة هوالوجه الاول قطعا وليس الثانى مراده لان اخذ الارش لايعقل ان يكون مؤثرا فى مقابلة وصف الصحة وعدمها فى المعاملة بان يكون اخذ الارش بعد ذلك مؤثرا فى كون الوصف مقابلا بالعوض بل حين المعاملة اما ان يكون مقابلا به فيلزم البطلان واما لايكون كك فاخذ الارش لايبطله.

اقول - ببيان مراد المصنف ره يظهر اندفاع هذا الايراد (توضيحه) ان حقيقة الفسخ حل المعاوضة ورجوع كل من العوضين الى محله السابق من دون ان يقتضى شيئاً

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب الخيار حديث ٣

(٢) مر فى خيار الغبن مصادر الحديث

آخر- وعليه فان اقتضى الفسخ لارش العيب الجديد وكون وصف الصحة فی مقابل جزء من العوض لباكان لازمه مقابليته لدلباقی المعاملة- والمفروض ان الشارع الاقدس حكم بان الصحيح و المعيب فی المتجانسين واحد لا يقابل وصف الصحة فی نظره بشیء ولو لبا - الذی هو مفروض، فی غير المتجانسين - وحيث ان المفروض اقدام المتبايعين علی معاملة صحيحة فحين المعاملة لايلزم الربا و انما يلزم ذلك من حين الفسخ لواخذ الارش .

و لكن يرد علی الوجه الاول مضافا الی ان الارش غرامة شرعية لايكون بجعل المتعاملين انه لا يكون الفسخ معاوضة والربا انما يجری فی المعاوضات مع انه من طرف واحد لاالطرفين - ويرد علی الوجه الثانی (اولا) ماتقدم من ان اخذ الارش حتی من العيب القديم لا يوجب الربا لكونه غرامة شرعية تعبدية (وثانيا) ان المحرم وغير النافذ هو المعاملة التی وجدت ربوية واما احداث الربا فيها بعد الوجود فلادليل علی حرمته ومبطليةلها .

واما الثانی - فعلی المختار من ان اخذ الارش للعيب القديم لامحذور فيه كما تقدم يتعين اخذ الارش بلارد لكون العيب الحادث مانعا عن الرد و معينا للارش - وعلی القول بعدم جواز اخذ الارش يدور الامر بين امور (الاول) لزوم المعاملة وعدم جواز الرد واخذالارش (الثانی) جواز رد المعيب مع غرامة العيب الحادث(الثالث) فسخ المعاملة و اعطاء مثل المبيع فی العيب القديم سليما عن العيب الجديد من جهة تعذر ردالمبيع وهو فی حكم التلف ای التعذرالعقلی الموجب للانتقال الی البدل (والثانی) يرده مادل علی مانعية العيب الحادث عن الرد (والثالث) يرده مادل علی ان التلف فی هذا الخيار مسقط له ولا يوجب الانتقال الی البدل فيتعين (الاول) وحديث لاضرر قدمر مرارا انه لايصلح لاثبات الجواز للمعاملة اللازمة .

قوله قده احدهما جواز رد المشتری للمعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث الخ هذا الوجه انما يتم لوسلمنا قصور مادل علی مانعية العيب الحادث عن

الرد فى صورة عدم جواز اخذ الارش ـ وقد عرفت عدم قصوره .

قوله قده الثانى ان يفسخ البيع لتعذر امضائه الخ هذا الوجه ايضا لايتم من جهة ان التلف فى هذا الخيار موجب لسقوط الخيار وجواز الرد لاللانتقال الى المثل اوالقيمة .

قوله قده لان تقدير الموجود معدوما خلاف الاصل الخ فيه انه لاخصوصية للتلف الا امتناع الرد والامتناع الشرعى كالامتناع العقلى .

تاخير الاخذ بمقتضى الخيار

قولهقده ومنها تأخير الاخذ بمقتضى الخيار الخ ـ وقد ادعى الشهرةوعدم الخلاف على كل من القول بسقوطهما به وعدمه وهناك قول ثالث ظاهر المتن الميل اليه وتقويته وهوسقوط الرد دون الارش ـ والمهم ملاحظة الادلة و تحقيق الكلام بالتكلم فى موردين ـ الاول فى الرد ـ الثانى فى الارش .

اما الاول ـ فمقتضى اطلاق النصوص عدم السقوط مالم يتحقق احد المسقطات وما افاده المصنف ره من ان الاطلاق فى مقام بيان اصل الخيار فيه منع يظهر لمن راجع الاخبار ـ و استدل للسقوط (بما) دل على الفورية فى كل خيار ثبت ولم يثبت كونه على الفور اوالتراخى (وبان) التاخير دليل الرضا بسقوط الحق (ولكن) يرد على الاول انه لايرجع اليه مع الدليل على التراخى ـ ويرد على الثانى عدم كاشفيته عن ذلك ـ فالاظهر عدم السقوط .

واما الثانى ـ فعدم سقوطه اوضح انضمافا الى ان مقتضى اطلاق الاخبار ذلك مااستدل به على سقوط الرد على فرض تماميته لايدل على سقوط الارش ـ اما الوجه الاول فلان لزوم العقد وعدم انحلاله اجنبى عن سقوط الارش وعدمه ـ واما الوجه الثانى ـ فلان الرضا والالتزام بالعقد اعم من كونه مجانيا او مع العوض ـ وبذلك ظهر اندفاع ايراد السيد الفقيه على المصنف ـ بان ما ذكر فى وجه سقوط الرد يدل على سقوط الارش ايضاً .

وجوب الاعلام بالعيب

قوله قده مسألة قال فى المبسوط من باع شيئاً فيه عيب لم يبينه فعل محظوراو كان المشترى بالخيارالخ الاقوال فى المسألة خمسة (الاول) وجوب الاعلام مطلقا (الثانى) عدمه كك (الثالث) استحباب الاعلام (الرابع) التفصيل بين العيب الخفى والجلى فيجب فى الاول دون الثانى (الخامس) التفصيل بين الجلى والخفى فيجب فى الاول مع عدم التبرى - وتحقيق الكلام بالتكلم فى موارد.

الاول - فى انه هل يصدق على ترك الاعلام عنوان الغش املا « اقول » الغش بمعنى الخديعة والتلبيس - ولا يصدق ذلك على ترك الاعلام بالعيب ولا على كتمان العيب الخفى - وانما يصدق على اظهار انه صحيح وحيث ان البيع انما يكون من البايع بعنوان ان المبيع صحيح وانه ملتزم بصحته فهو اظهار لخلاف الواقع ولا يفرق فى ذلك بين العيب الخفى والجلى الا اذا كان من الوضوح بحد لا موجب للالتزام بالصحة والى هذا المورد النظر فى صحيح (١) ابن مسلم المتضمن لخلط الجيد بالردى حيث قال عليه السلام اذا رؤيا جميعاً فلا بأس (وبذلك) يظهر ضعف ماقيل من عدم صدق الغش على ترك اظهار العيب الجلى فى المعاملة (واضعف) منه دعوى عدم صدقه - على مجرد المعاملة على المعيب بالعيب الخفى مالم ينضم اليه شىء آخر كما فى حاشية السيد.

الثانى - فى حكمه التكليفى - والاظهر انه حرام مطلقا كما تقدم الكلام فيه مفصلا فى الجزء الحاديعشر من هذا الشرح (وما) افاده السيد ره من عدم حرمة المعاملة على المعيب بالعيب الجلى و ان صدق عليها الغش لصحيح محمد بن مسلم - يندفع بما عرفت.

الثالث - فى حكمه الوضعى - والحق عدم الفساد لان حرمة المعاملة اعم من فسادها ولادليل آخر على الفساد فى جميع الموارد كما تقدم الكلام فيه فى الجزء

---

(١) الوسائل باب ٩ - من ابواب احكام العيوب حديث ١

الحاديعشر (الرابع) انه لو تبرأ البايع من العيب هل يسقط وجوب الاعلام املا -- وجهان- اظهرهما الاول (لان) الغش كما عرفت انما يصدق على فعل البايع من جهة كون البيع واقعا بعنوان ان المبيع صحيح وانه ملتزم بصحته فاذا تبرأ عن العيب و لم يلتزم بالصحة لا يصدق الغش مع ان صدق الغش يتوقف على ايقاع الطرف فيما يكرهه وغير راض به فمع رضاه بذلك وشرائه بعد تبري البايع وعدم الفحص عن صحته و عيبه لا يصدق الغش .

اختلاف المتبايعين

قوله قده مسائل في اختلاف المتبايعين- اما الاول ففيه مسائل الاولى لو اختلفا في تعيب المبيع الخ قد يكون البايع منكر اللعيب والمشتري مدعيا وهو الغالب- وقد يكون البايع مدعيا كما لو فرضنا فسخ المشتري ثم ندامته منه وادعى انه لم يكن له ذلك فلا يكون البيع منفسخا وادعى البايع انه كان معيوبا فالبيع منفسخ - وعلى التقديرين - (اما) ان تكون الحالة السابقة هي العيب- واما ان تكون هي الصحة - واما ان تكون مجهولة اما في الصورة الاولى فالقول قول مدعي العيب مع يمينه للاستصحاب (واما) في الصورتين الاخيرتين فالقول قول منكره اما في الاولى منهما فللاستصحاب واما في الثانية فبناء على كون اصل السلامة من الاصول العقلائية فلذلك -وبناء على عدم كونه منها فلاصالة اللزوم والمراد بها في المقام استصحاب بقاء العقد بعد الفسخ واصالة البرائة عن الارش فتدبر .

(قوله قده الثانية لو اختلفا في كون الشيء عيبا و تعذر تبين الحال الخ ان احرز كونه نقصا ولكن ترددالامر بين كونه منقصا للقيمة وعدمه كان الاصل مع البايع لاصالة البرائة من الارش- فهل يثبت له الرد كما في المتن املا كما في الحاشية وجهان (قد استدل للثاني)بان النقص غير الموجب لنقص المالية لا يكون عيبا فلا يشمله ادلة خيار العيب (و فيه اولا) ان الالتزام الضمني بالصحة موجب لثبوت حق الرد لفرض تخلف الشرط (و ثانيا)ان من يرى دلالة حديث نفي الضرر على نفي اللزوم لا بد له من البناء على دلالته على جواز الرد في المقام لعدم انحصار الضرر بالمالي

بل هو شامل لنقص الغرض المعاملى فالاظهر ان لذلك وان لم يحرز ذلك ايضا اى تردد الامرين كونه نقصاوعدمه كان القول قول منكره مع اليمين لاصالة عدم كونه نقصا الازلى - ولاصالة اللزوم بالمعنى المتقدم .

قوله قده الثالثة لو اختلفا فى حدوث العيب فى ضمان البايع او تأخره عن ذلك بان حدث الخ صور هذه المسألة ثلاث (احداها) مالو اختلفا فى حدوث العيب قبل العقد اوبعده ففى المتن كان القول قول منكر التقدم (واستدل) له باصالة عدم حدوث العيب قبل العقد (توضيحه) ان موضوع الخيار وقوع العقد على المعيب على ماهو ظاهر الاخبار فتجرى اصالة عدم حدوث العيب الى مابعد حدوث العقد وحيث ان العقد على العين محرز وعدم العيب محرز بالاصل فينفى موضوع الخيار - ولا يعارضه اصالة عدم العقد حين حدوث العيب لانه لايثبت بها وقوع العقد على المعيب الذى هو موضوع الخيار الاعلى القول بالاصل المثبت .

وبذلك يظهر الحال فى الصورتين الاخيرتين وهما مالو اختلفا فى حدوث العيب بعد العقد قبل القبض اوبعده - ومالو اختلفا فى انه حدث فى زمان خيار المشترى ليكون مضمونا على البايع اوفيما بعد مضى ذلك الزمان - فان الاثر مترتب على تلف وصف الصحة قبل القبض او فى زمان الخيار فاصالة عدم التلف الى ما بعد القبض اوانقضاء زمان الخيار تجرى ويترتب عليها عدم الضمان - ولا يعارضها - اصالة عدم القبض وعدم الانقضاء الى مابعد التلف لعدم الاثر .

وعن العلامة ره - ان القول قول مدعى التقدم وهو المشترى - واستدل له - (باصالة) عدم تسليم المبيع الى المشترى على الوجه المقصود (و اصالة) عدم استحقاق البايع الثمن كلا (واصالة) عدم لزوم العقد - وفى الكل نظر (اما الاولى) فلان عدم التسليم لااثر له وموضوع الاثر تلف الوصف قبل العقد - اوقبل القبض - او قبل انقضاء الخيار والاصل عدمه (واما الثانية) فلان الارش ليس جزء من الثمن فالبايع مستحق للثمن كلا على التقديرين (واما الثالثة) فلان موضوع اللزوم ليس وقوع العقد على الصحيح كى يجرى اصالة عدمه ويحكم بعدم لزومه - بل الموضوع له عدم العيب حين العقد وقد عرفت ان الاصل ذلك .

قوله قده ولو اقام احدهما بينة عمل بها الخ المشهور بين الاصحاب وان كان كون اقامة البينة من المنكر كالعدم وان و ظيفته اليمين بل عن المستند دعوى الاجماع عليه - الا ان جماعة منهم العلامة والشهيد ذهبوا الى سماع بينة المنكر وان مادل على ان اليمين على من انكر انما هو في مقام الارفاق لا التعين وعليه فكل منهما اقام بينة عمل بها.

قوله قده ولو اقاما بينة عمل ببينة المشترى الخ الظاهر ان مراده ان بينة المشترى تقدم عند التعارض فان البينة وظيفته وانما تسمع بينة البايع المنكر لو لم يقم المشترى البينة وهو متين لما حقق في محله من تقديم بينة الخارج عند التعارض وللكلام محل آخر.

قوله قده او نفى استحقاق الرد او الارش الخ ولا يضر كون مورد الدعوى تقدم العيب وعدمه فان عدم استحقاقهما لازم عدم التقدم ولا فرق في الحلف بين كونه على انكار المدعى به او على ماهو من لوازمه.

قوله قده واذا حلف البايع فلابد من حلفه على عدم تقدم العيب الخ محصله انه في صورة امكان الاختبار والعلم بالحال لا كلام في انه يعتبر في الحلف القاطع للخصومة ان يكون على الواقع وعلى البت (واما) في صورة الجهل بالحال فان كان مصب الدعوى هو العلم لا كلام ايضاً في ان القاطع هو الحلف على نفى العلم - وان كان هو الواقع (فان كان) ذلك فعل الغير كما في الدعوى على الميت كفى الحلف على نفى العلم ايضاً للدليل (وان كان) فعل نفسه ففيه وجوه (الاول) الحلف على الواقع على البت استنادا الى الاصل (الثانى) الحلف على نفى العلم وان لم يدع المدعى عليه العلم (الثالث) رد اليمين على المدعى - اما مع ثبوت الحق بدون الرد كما عن بعض - او مع عدم ثبوته كما عن آخر (الرابع) ايقاف الدعوى (اقول) قد دلت (١) النصوص على اعتبار كون الحالف قاطعا - الا انه اذا كان العلم ما خوذا في موضوعه على وجه الطريقية قامت الامارات مقامه - وان كان ماخوذا فيه بما انه مقتض للجرى العملى على وفق ما تعلق

---

(١) الوسائل- باب ٢٢ من ابواب كتاب الايمان

القطع به قامت الاصول المحرزة ايضاً مقامه فيجوز الحلف على الواقع استنادا الى الامارة اوالاصل وقد دلت الرواية على جواز الحلف استنادا الى اليدوهى (١)موثقة حفص - ودلت النصوص (٢) على جواز الشهادة مستندة الى الاستصحاب و الحلف لايزيد على الشهادة بل المستفاد من ذيل الموثق التلازم بينهما (واضف) الى ذلك كله ان الدعاوى و الشهادات والايمان تتوقف بحسب الغالب على امارة اواصل لان ما انتقل الى زيد من ابيه وان كان جزميا الى ان كونه ابنا لابيه بقاعدة الفراش - وكون المال مال ابيه انما هو بقاعدة اليد اواصالة الصحة - وعليه فلو لم نجز الحلف الامع العلم الوجدانى انسد باب الحلف و غيره من ما هو فاصل للخصومات و تمام الكلام فى محله .

قوله قده ويمكن الفرق بين الطهارة و بين ما نحن فيه بان المراد بالطهارة الخ محصل ما افاده ره ان الطهارة و الملكية من الموضوعات الشرعية فماكان غير معلوم النجاسة طاهر فعلا بحكم الشارع كما ان الملكية المستندة الى سبب ملكية شرعية ظاهرية فاذاكان مورد الدعوى الطهارة او الملكية يصح الحلف على الطهارة الفعلية او الملكية الفعلية مستندا الى امارة او اصل و هذا بخلاف مثل العيب الذى هو من الموضوعات الواقعية فمع عدم العلم به لايمكن الحلف بتا على عدمه .

قوله قده ففيه اشكال الخ الاظهر عدم الاسقاط من جهة ان الحلف على نفى العلم فيما اذا كان مصب الدعوى هوالواقع لااثر له الافى الدعوى على الميت(مع) انه لوسلم ترتب الاثرعليه مطلقا بما ان سقوط الدعوى بحيث لايسمع قول المدعى وان اقام البينة بعدذلك على خلاف القاعدة ومادل عليه مختص باليمين البتية فلاوجه للاسقاط

---

(١) الوسائل باب٢٥ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى من كتاب القضاء - حديث ٢ .

(٢) الوسائل - باب١٧ من ابواب كتاب الشهادات

فى المقام .

قوله قده نعم لو اريد سقوط الدعوى الى ان تقوم البينة الخ اقول لاوجه لذلك ايضاً لانه خلاف ما تضمن من النصوص (١) من جعل الايمان والبينات ميزانا لفصل الخصومة فالمتعين على فرض عدم الحلف على الواقع ان يرد الحاكم اليمين على المدعى .

قوله قده بل عن الرياض لزوم الخ بل الحق عدم الاكتفاء با لحلف على نفى العلم مع امكان الاختبار وان لم يختبر بالفعل حتى لو قلنا بالاكتفاء به مع عدم امكانه (نعم) ان كان مصب الدعوى هو العلم كفى الحلف على عدمه مطلقا.

قوله قده فافهم الخ لعله اشارة الى انه وان امكن كون التقييد فى كلام العلامة بصورة عدم الاختبار من جهة انه فى صورة الاختبار لا حاجة الى يمين نفى العلم حتى يبحث عنه لا لبيان الاختصاص ـ الا انه لا اطلاق فى كلامه كى يشمل تلك الصورة فلا ينا فى ماذكره صاحب الرياض فتدبر.

اختلاف الموكل والمشترى

قوله قده فرع لو باع الوكيل فوجد به عيبا الخ محل البحث ما اذا كان وكيلا فى امر المعاملة بحيث تتم وكالته بتمامية المعاملة ـ لا ما اذا كان وكيلا مطلقا فى امر المال عقد اوحلا كما فى عامل القراض وفى مورد البحث لو وجد المشترى به عيبا وعلم الوكالة رده على الموكل لانه المالك والوكيل بطلت وكالته ولا عهدة عليه .

قوله قده ولو اختلف الموكل والمشترى فى قدم العيب وحدوثه الخ للمسألة فروض .

الاول ـ ما اذا كان المشترى عالما بالوكالة ـ لا كلام فى انه يقدم قول الموكل مع يمينه على عدم التقدم كما تسمع دعوى المشترى مع البينة ـ ولا يقبل اقرار الوكيل بالقدم

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى كتاب القضاء

لانه اجنبي وقد استدل لقبول اقراره بوجهين (احدهما) ان الوكيل حيث يكون مالكا للتصرف فيكون اقراره نافذا لان من ملك شيئا ملك الاقرار به ـ ولا يصح الجواب عنه بان زوال وكالته يوجب زوال حكم اقراره فان اقراره بما يكون مالكاله حين التصرف نافذـ الا ترى انه لو اقر الوكيل بالبيع يكون اقراره نافذا (بل الحق) في الجواب بعد تسليم عموم القاعدة وبعبارة اخرى بعد تسليم الدليل عليها بهذا التعميم ـ ان كون المبيع معيبا ام صحيحا غير قابل للوكالة والاستنابة فلا ينفذ اقراره بالنسبة الى ذلك (ثانيهما) ما دل من النصوص (١) على ان الامين لا يتهم والوكيل امين فيصدق في دعواه (وفيه) ان ذلك مختص بما اذا لزم من عدم تأمينه تغريمه لا في مثل المقام مما لا شيء عليه على التقديرين كما لا يخفى ـ فالاظهر انه لا ينفذ اقراره

الفرض الثاني ما اذا كان المشتري جاهلا بالوكالة ولم يتمكن الوكيل من اقامة البينة واعترف بالتقدم رده المشتري على الوكيل (فهل) للوكيل رده على الموكل ام لا الا مع اقامة البينة ـ الظاهر هو الثاني لان اقراره بالسبق دعوى بالنسبة الى الموكل غير مشمولة لقاعدة من ملك لا تسمع الا مع البينة (وهل) له احلاف الموكل على عدم السبق لكونه منكرا ام لا من جهة ان كل منكر ليس عليه اليمين بل اذا كان عليه غرامة للمدعي باقراره والغرامة هنا ليست للوكيل بل للمشتري وجهان اوجههما الاول من جهة ان هذه الغرامة توجهت بحسب الظاهر الى الوكيل فحلف الموكل يوجب قرار الغرامة المتوجهة الى الوكيل على الموكل فعليه اليمين (ولو رد) الموكل اليمين على الوكيل فحلف على السبق الزم الموكل .

الفرض الثالث ـ ما اذا كان المشتري جاهلا بالوكالة وكان الوكيل غير متمكن من اقامة البينة ـ منكر للتقدم ـ حلف لدفع الغرامة المتوجهة ظاهرا نحوه لو اعترف عن نفسه وان لم تكن الغرامة عليه واقعا ـ وهل للمشتري تحليف الموكل وجهان (استدل) المصنف ره للثاني بان دعواه على الوكيل تستلزم انكار وكالته وعلى الموكل

---

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب الوديعة ـ وغيره من ابواب ساير الكتب

تستلزم الاعتراف بها (وفیه) ان‌هذا یتم لو ادعی المشتری القطع بکذب الوکیل فی دعوی‌الوکالة ولایتم فیمااذاکانت‌دعواه من جهةکون العین‌تحت‌یده (مع)انه یمکن ان‌یقال فی‌صورة القطع ایضا ان‌له‌ذلك مؤاخذة له‌باقراره کماعن‌جامع‌المقاصد.

ولو نکل الوکیل الحلف فحلف المشتری الیمین المردودة ورد العین علی الوکیل فهل یجوز للوکیل ان یردها علی الموکل املا وجهان بناهما فی القواعد علی ان الیمین المردودة هل هی‌کالبینة الحاکیة عن الواقع التی تکون حجة مثبتة للمدعی به وما یستخرج بهـا الحق فله ذلك - ام هی کالاقرار الذی لا یملك به الوکیل الرد علی الموکل‌کما تقدم - وفی حاشیةالسید ره التحقیق عدم جریان‌حکم شیء من البینة والاقرارعلیه فیرجع فیه الی مقتضی الاصول -

اقول - هذه المسألة وهی ان الیمین المردودةهل‌هی بمنزلة اقرار المنکر او بمنزلة بینة المدعی معنونة فی‌کتاب القضاء وهی ذات قولین عند اصحابنا و خالفهم السید فی ملحقات عروته و تبعه بعضهم وفرعوا علی القولین فروعا لیس المقام مقام التعرض لهاوانمانشیرالی وجه الترديد (وهو) انه قد حصر فی النصوص‌میزان القضاوة فی البینة و الیمین - وحیث ان المدعی لایمین له فلابد وان یکون یمینه بمنزلة بینته - او بمنزلة اقرار المنکر الذی لایبقی معه خصومة فیکون الحصر محفوظاً (ووجه) کونه کالاقرار‌ان المنکر برده الیمین کانه ملتزم بالمدعی به علی تقدیر حلف المدعی ولیس معنی الاقرار الاالالتزام‌بالمدعی به (ووجه)کونه کالبینة ان جانب المدعی یطلب‌منه البینة لقوله‌البینة علی المدعی ولولاان الیمین‌المردودة کالبینة‌لما ثبت بها دعواه - وتمام الکلام فی محله .

قوله‌قده وفی مفتاح‌الکرامة‌ان‌اعتراضه‌مبنی‌علی کون‌الیمین‌المردودة الخ اقول‌انه‌لیس‌مبنیاعلی‌ذلك‌فان بینة‌المشتری مع‌اعتراف‌الوکیل‌بکذبهالاتجدی للوکیل ولایصح الاستناد الیها علی الموکل لعلمه بکذبها .

قوله قده الرابعة لورد سلعة بالعیب فانکر البایع انها سلعته الخ

الکلام فی هذه المسألة یقع فی فرعین .

الاول - مالواختلفا فى كون سلعة معينةمعيوبة سلعة البايع وادعى المشترى انهاله و البايع انكر ذلك و ان سلعته صحيحة و مقتضا ذلك الاختلاف فى الخيار - والاظهر فيه تقديم قول البايع لاصلين موضوعى وحكمى - اما الاصل الموضوعى - فهواصالة عدم وقوع العقد على السلعة المعينة الخارجية - وبعبارة اخرى - عدم كون هذه السلعة واقعة موقع البيع لسبق اليقين بعدمها - وهذا هوالمراد من اصالة عدم كونها سلعته - و اما الاصل - الحكمى فهو ان الخيار حق حادث مسبوق بالعدم والاصل عدمه .

(الفرع الثانى) مالواتفقا على الخيار واختلفا فى كون العين المردودة سلعة البايع - و فيه قولان احدهما انه يقدم قول البايع والوجه فيه الاصل الموضوعى المشار اليه فى الفرع الاول ثانيهما - تقديم قول المشترى واستدل له (بان)مرجع الاختلاف ح الى ان البايع يدعى خيانة المشترى بتغيير السلعة و ابراز سلعة اخرى مكانها و الاصل عدمها (و بان) البايع يدعى سقوط الخيار المتفق عليه والاصل بقائه (واورد) المصنف ره على الاول بان هذا الوجه يجرى فى الفرع الاول ايضا وحيث ان مدركه ظهورحال المسلم فيكون هوواردا على جميع الاصول العملية التى تكون مع البايع فلابد من القول بتقديم قول المشترى فيه ايضا (وفيه) ان مدرك هذا الاصل ليس ظهورحال المسلم اذ لا دليل على حجية هذا الظهور فان هذا الظهوركظهورحاله فى عدم الكذب الذى لايترتب عليه وجوب تصديقه (بل) الوجه فيه ان المشترى لثبوت الخيار له له الولاية على العين فيصدق فيما لهتلك لكونه امينا من قبل الشارع فلا يتهم بالخيانة للنصوص - و هذا لايجرى فى الفرع السابق لعدم ثبوت الخيار فالولاية غيرثابتة (واما) الوجه الثانى فاورد عليه المصنف ره بانه يجدى اذاكان الخيار المتفق عليه لاجل العيب (مع) انه لايثبت به وجوب قبول هذه السلعة الامن جهة التلازم الواقع بينهما ولا يثبت احد المتلازمين بالاصل الجارى فى الاخروهومثبت - ويمكن ان يقال انه لايجدى فى العيب ايضاً مطلقا اذ ربما يكونان متفقين على بقاء العين ويختلفان فى تعيينها .

قوله قده واما ماذكره من اصالة صحة القبض. لكن اصالة الصحة لاتنفع لاثبات لزوم العقد الخ برد على ما افاده قده ان اصالة صحة القبض بمعنى الخروج معه عن الضمان لوجرت يثبت بها لزوم العقد فان الموجب للخيار هو تلف الوصف فلوثبت الصحة بالمعنى المشار اليه ترتب عليها نفى الخيار (والحق)ان يورد عليها بانها لاتجرى اذ قبض ذات المبيع معلوم وقبضه موصوفا بالصحة غير معلوم ولااصل يثبت قبضه كك .

الاختلاف فى المسقط

قوله قده واما الثانى وهو الاختلاف فى المسقط ففيه ايضا مسائل الاولى لو اختلفا فى علم المشترى بالعيب و عدمه قدم منكر العلم الخ والوجه فيه ان موضوع هذا الخيار مركب من العيب وجهل المشترى لما عرفت من اختصاص النصوص بصورة الجهل واحد الجزئين محرز بالوجدان ويجرى الاصل فى الجزء الاخر وهو الجهل اذ العلم حادث مسبوق بالعدم و بضم الوجدان الى الاصل يثبت موضوع الخيار و معه لا تصل النوبة الى اصالة اللزوم فقول المشترى موافق للاصل .

قوله قده الثانية لو اختلفا فى زواله قبل علم المشترى الخ ان قلنا بانه لافرق فى الحكم بين كون الزوال قبل العلم او بعده لامجال لهذه المسألة. وانما الكلام فيها لو قلنا بالفرق(وح ان)قلنا بان الخيار لايثبت الابعد ظهور العيب قدم قول مدعى عدم ثبوت الخيار لاصالة عدمه ولا تجرى اصالة عدم زوال العيب وبقائه لمعارضتها مع اصالة عدم ظهور العيب الى حين زوال العيب وتساقطهما معاً(وان) قلنا بانه يثبت من حين العقد وان زوال العيب يوجب رفعه. فاصالة عدم زوال العيب قبل العلم يترتب عليها عدم سقوط الخيار وبقائه. ولا يعارضها اصالة عدم العلم قبل الزوال لعدم ترتب الاثر عليها. فتدبر

قوله قده و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد وزوال احد العيبين فى

كون الزائل هو القديم الخ ان قلنا بان العيب الجديد بنفسه مانع شرعا عن الخيار فاصالة بقاء العيب الجديد يترتب عليها الاثر وتجرى (و ح ان) بنينا على ان زوال القديم لايوجب سقوط الخيار فاصالة بقائه لا اثر لها فلاتجرى. وان انعكس انعكس (وان) بنينا على ان زوال القديم مسقط للخيار وبقاء العيب الجديد مانع عن الخيار. وادعى المشترى زوال الجديد. وادعى البايع زوال القديم. ففى الحقيقة البايع يدعى عدم المقتضى للخيار. والمشترى يدعى عدم المانع عنه وكل منهما يدعى بقاء مايدعى الاخر زواله. اما المشترى فهو يدعى بقاء القديم تحقيقا للمقتضى والبايع يدعى بقاء الجديد اسقاطا لدعوى المشترى من الحلف على عدم زواله ـ فيتحالفان و لعل نظر الشافعى الى هذه الصورة فلا ايراد عليه .

قـوله قده الثالثة لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه الخ فى هذه المسألة وجوه واقوال (الاول) ما عن الشهيد وهو انه يقدم قول البايع لاصالة عدم التقدم (و اورد) عليه المصنف ره بان هذا الاصل لايجرى فى المقام لانه لايثبت به حدوث العيب فى الزمان المتاخر الذى هو المسقط للخيار. فظاهر المصنف ره الالتزام بالوجه الثانى وهو انه يقدم قول المشترى لاصالة بقاء الخيار عند الشك فى سقوطه (وهناك) وجه ثالث وهو الاظهر وهو اجراء حكم التداعى فان البايع يدعى حدوثه عند المشترى فخياره ساقط والثابت عليه خصوص الارش والمشترى ينكر ذلك والاصل معه وهو استصحاب بقاء الخيار ولايجرى اصالة عدم العيب الى ما بعد القبض لانه لايثبت بها الحدوث عند المشترى الذى هو المسقط للخيار. والمشترى يدعى حدوث العيب عند البايع فيستحق الارش الزائد والبايع ينكره والاصل معه وهو اصالة عدم تحققه الى حال القبض فكل منهما مدع من جهة ومنكر من جهة اخرى فيتحالفان .

قوله قده الرابعة لو اختلفا فى البرائة قدم منكرها فيثبت الخيار الخ

الكلام فى هذه المسألة يقع فى مقامين (الاول) فما تقتضيه القواعد ـ الثانى فيما يقتضيه النص الخاص .

اما المقام الاول فمقتضى اصالة عدم البرائة تقديم قول المشترى فان موضوع

الخیار مرکب من العیب وعدم البرائة واحد الجزئین محرز بالوجدان والاخر بالاصل فیثبت الموضوع ویترتب علیه الخیار وهو حاکم علی اصالة اللزوم .

واما الثانی -فربما یتراءی من مکاتبة (١) جعفر بن عیسی المتقدمة والمذکورة فی المتن انه یقدم قول البایع (واورد علیها) المحقق الاردبیلی ره بضعف السند ومخالفتها للقاعدة (اقول) اما ضعف السند فیدفعه ان الشیخ ره یرویها بسنده عن الصفار عن محمد بن عیسی عن جعفر بن عیسی وسند الشیخ ره الی الصفار صحیح ومحمد ابن عیسی بن عبید و ان ضعفه جمع الا ان منشأ تضعیف الکل کلام الصدوق الذی قال لااروی مایختص بروایته عن یونس ومنشأ ذلك ابن الولید ولایعبأ به فان اعتقاده انه یعتبر فی الاجازة ان یقرأ علی الشیخ اویقرأ الشیخ علیه ویکون السامع فاهما لما یرویه وکان لایعتبر الاجازة المشهورة وکان محمد بن عیسی صغیر السن فی زمان یونس ولا یعتمدون علی فهمه حین القرائة ولا علی اجازة یونس له وهذا کما تری لایصلح منشئاً للضعف لاسیما وقد صرح جمع من الاساطین بوثاقته - واخوه جعفر ایضاً ثقة او حسن - مع ان الاصحاب اعتمدوا علی هذه المکاتبة فی غیر المقام وهو جابر للضعف لو کان - و اما مخالفتها للقاعدة فلاتصلح مانعة عن العمل بها لو کانت والحق انها لاتنافی القاعدة من جهة التوجیه الذی افاده المصنف ره (وحاصله) ان قول البایع فی مفروض الخبر موافق للظاهر لجریان العادة بنداء الدلال عند البیع بالبرائة من العیوب علی وجه یسمعه کل من حضر للشراء - فیقدم قوله مع یمینه المعلوم من الخارج حین مایقال ان القول قول البایع او المشتری - و اما افاده فی الحدائق فیرد علیه ما فی المتن .

قوله قده وفی کل منهما نظر الخ اما وجه النظر فی کلام المحقق الاردبیلی فقد تقدم واما وجه النظر فی مافی الکفایة فهو ماتقدم من ان الاصل مع المشتری (ولکن) من المحتمل ان یکون نظر صاحب الکفایة الی ما افاده المصنف ره

---

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب احکام العیوب

من کون قول البایع فی مورد الروایة موافقا للظاهر فیوافق قاعدة البینة علی المدعی والیمین علی من انکر.

قوله قده ویمکن التفصی عنه اما بالتزام کفایة تقدم الشرط علی العقد الخ

هذا مما لا یلتزمون به فان الشرط من الانشائیات ومجرد البناء علیه فی ضمن العقد لایکفی فی انشائه وذکره قبل العقد کالعدم (والصحیح) فی التفصی عنه بناءاً علی کون التبری من العیوب من قبیل شرط سقوط الخیار- اما بما ذکره من کون نداء الدلال بمنزلة الایجاب او انه لا تصریح فی المکاتبة بکون النداء قبل الایجاب کما هو واضح- واما بناءاً علی کونه عبارة عن عدم الالتزام بصحة المبیع وهومن جهة کونه رافعا لمنشأ الخیار یسقط به ذلك فالامر سهل فانه ح لیس من قبیل الشرط حتی یحتاج الی الانشاء.

قوله قده ثم الحلف هنا علی نفی العلم الخ والوجه فیه انمصب الدعوی هو العلم وعدمه فان المسقط هو التبری المعلوم للمشتری فیکفی الحلف علی نفی العلم هذا اذا کان مدرك تاثیر التبری رجوعه الی شرط عدم الخیار فانه ح یعتبر فیه القبول فلایعقل بلاالتفات وعلم من المشتری (واما) ان کان المدرك ان الخیار من جهة الالتزام بالصحة والتبری بمعنی عدم الالتزام بصحة المبیع-فهووان کان امرا واقعیا یعلم تارة ویجهل اخری الا انه یکتفی فیه بالحلف علی عدم العلم مع عدم التمکن من الیمین البتیة لکون المورد فعل الغیر والمشهور الاکتفاء فیه بالحلف علی نفی العلم.

قولة قده و لو وجد فی المعیب عیب اختلفا فی حدوثه وقدمه الخ

الظاهر انهذا تکرار لما فی المسألة الثالثة من مسائل الاختلاف فی المسقط

اختلاف المتبایعین فی الفسخ

قوله قده و اما الثالث ففیه مسائل الاولی لو اختلفا فی الفسخ الخ

مورد الکلام ما اذا کان المدعی له هو المشتری دون البایع - و الکلام فیه فی

موردين (الاول) فيما اذا كان الخيار باقيا (الثانى) فيما اذا كان منقضيا .

اما الاول - فلااشكال فى ان له انشائه (انما الكلام) فيما افاده الشهيدره من انه يمكن جعل اقراره انشاء - ظاهر- هذه العبارة كون اقراره نافذ الامن جهة انه اخبار بالفسخ بل من جهة كونه انشاء له - وعليه- فما استدل به المصنف ره له من قاعدة من ملك اجنبى عن مراده - وكيف كان (فان كان) مراده جعل الاقرار نافذا من حيث انه انشاء له (فيردعليه) ان الاخبار والانشاء متقابلان فعلى القول بانه يعتبر فى الفسخ الذى حل العقد مايعتبر فى العقد من الانشاء لايكفى ذاك (نعم) لوقلنا بانه لايعتبر فيه سوى عدم الالتزام بالعقد كفى ذلك لكن المبنى بمراحل من الواقع (وان كان) مراده جعل الاقرار نافذا من جهة انه اقرار بفعل له السلطنة عليه - تم ما افاده لقاعدة من ملك وقاعدة اقرار العقلاء على انفسهم من جهة انه اقراربعدم حق الخيار له وان كان لازمه استحقاق استرداد الثمن .

واما الثانى فلا اشكال فى انه ليس له انشائه ولا فى عدم العبرة باقراره من جهة انه انشاء - انما الكلام فى انه هل ينفذ اقراره من جهة كونه اخبارا عن الفسخ املا (الظاهر) ان له ذلك لما تقرر فى محله و اشرنا اليه سابقا من ان مقتضى قاعدة من ملك نفوذ اقرار من هو مسلط على تصرف بذلك التصرف وان كان زمانه ماضيا و لذا لاشبهة فى نفوذ اقرار الوكيل بالبيع اذا انكر الموكل وقوعه - و فى المقام بما انه اقرار بما يكون له يشمله القاعدة فمافى المتن من افتقار مدعيه الى البينة فى غير محله .

قوله قده و يدل عليه بعض الاخبار الواردة فيمن اخبر بعتق مملوكه الخ

الظاهر ان لفظ العتق غلط من الناسخ او سهو من القلم بدل عن لفظ البيع فان الخبر وارد (١) فى بيع المملوك - وعلى اى حال هو لايدل على ذلك فانه متضمن لقضية فى واقعة ولعله عليه السلام كان مطلعا على كذب الغلام - ولذا هو قده فى رسالته فى

---

(١) الوسائل باب ٢٦ من ابواب بيع الحيوان

هذه القاعدة لم يستدل بهذا الخبر مع استقصائه لجميع ما استدل به و ما يمكن ان يستدل به على هذه القاعدة ـ

قوله قده الثانية لو اختلفا فى تاخر الفسخ عن اول الوقت بناء على فورية الخيار الخ الكلام يقع فى موردين (الاول) فيما اذا اختلفا فى زمان الفسخ (الثانى) فيما اذا اتفقا عليه واختلفا فى زمان وقوع العقد.

اما المورد الاول ـ فقد ذكر المصنف ره لتقديم قول مدعى التاخير اصلين. اصالة بقاء العقد ـ واصالة عدم حدوث الفسخ فى اول الزمان (اقول) اما اصالة بقاء العقد فهى لا تجرى لكونها محكومة لاصالة بقاء زمان الخيار الى حال تحقق الفسخ ـ واما اصالة عدم حدوث الفسخ فى اول الزمان فهى لاتجرى لعدم كون الفسخ فى اول الزمان بهذا العنوان موضوعا للاثر بل الموضوع هو الفسخ فى حال له الخيار فيجرى استصحاب بقاء زمان الخيار خاصة و يترتب عليه تأثير الفسخ ـ (وقد ذكر) قده لتقديم قول مدعى عدم التأخير اصالة صحة الفسخ (وفيه) ان المختار عنده على ماصرح به فى آخر كتاب البيع ـ وعندنا على ما حققناه فى رسالة ـ القواعد الثلاث ـ المطبوعة ـ انه يعتبر فى جريان اصالة الصحة فى شيء احراز قابلية المحل عقلا ـ ومن الواضح ان الفسخ بعد انقضاء زمان الخيار غير مؤثر عقلا اذلا فسخ لمن لاحق له عقلا (فتحصل) انه يقدم قول مدعى عدم التأخير لاصالة بقاء زمان الخيار الى حال تحقق الفسخ لالاصالة الصحة.

واما المورد الثانى ـ فالحق فيه ايضا تقديم قول مدعى العدم من جهة اصالة بقاء زمان الخيار الى زمان الفسخ المعلوم واما اصالة تأخر العقد فكما لايثبت بها وقوع الفسخ فى الزمان الاول كك لايثبت بها وقوع التقدم فى آخر الوقت.

قوله قده وهذه المسئلة نظير ما لو ادعى الزوج الخ يعنى اصل المسألة لاخصوص الفرض الثانى كما لايخفى.

قوله قده الثالثة لو ادعى المشترى الجهل بالخيار او بفوريته الخ

بناء على عدم كون هذا الخيار على الفور لايبقى مورد لهذا البحث ـ كما انه على القول

بانه بوجوده الواقعي فوري لامورد لهذا النزاع ايضا ـ واما ان قلنا بانه بوجوده المعلوم فوري بحيث لافورية الابعد العلم باصل الخيار ـ فللنزاع في العلم بالخيار والجهل به مجال فانه على الجهل له اعماله وعلى العلم ليس له ذلك ـ واماالنزاع في العلم بالفورية والجهل بها فانما يتصور له مورد لوكان فورية الخيار مقيدة بالعلم بالفورية بالنحو المعقول ـ وعلى اى حال يقدم قول المشتري ان احتمل في حقه الجهل للاصل اى اصالة عدم العلم ـ الااذاكان قوله مخالفا للظاهر بان يكون في بلد اهله يعرفون الاحكام فيكون مدعيا لايقبل قوله الابالبينة .

حقيقة العيب

قوله قده القول في ماهية العيب ـ و اما العيب فالظاهر من اللغة و العرف انه النقص عن مرتبة الصحة الخ تحقيق القول في المقام بالتكلم في جهات .

الاولى ـ انه طفحت كلماتهم تبعا لمرسلة (١) السياري بان (كل مازاد او نقص عن الخلقة الاصلية فهوعيب) وظاهر ذلك ان كل ماثبت في اصل الخلقة من الاجزاء والاوصاف فزاد ذلك الشيء اونقص فهوعيب فينحصر العيب في الزيادة والنقيصة الخلقية وعبر جماعة عن ذلك بالخروج عن المجرى الطبيعي ـ ولكن المفهوم العرفي من العيب اعم من ذلك فان الخراج الثقيل الخارج عماجرت العادة عليه في الاراضي عيب عند العرف مع ان الخراج اجنبي عن الخلقة الاصلية للارض ـ وهوفي الشرع ايضا كك فان عدم حيض الجارية المدركة جعل في النص عيبا مع انه ربما يكون احتباس الدم لعارض مزاجي لالنقص في الخلقة ـ وحمل الجارية جعل عيبا موجبا للخيار مع انه ليس زيادة اونقصا في الخلقة ـ وكك اباق العبد ـ فيعلم من ذلك ان

---

(١) الوسائل باب ١ـ من ابواب احكام العيوب حديث ١

العيب الشرعي اعم من الكلية المذكورة - فالمتعين اما البناء على ان الخبر ورد لبيان العيب لالتحديده اوالتصرف في الكلية بحملها على خلاف ظاهرها وهو كون الخلقة اسما لمعنى مصدري يراد به ماعليه الشيء من الهيئة فيعم كل نقص او زيادة وان لم يكن من اجزائه الاصلية بل وان كان الوصف الزايد اعتباريا ككون المزرعة ثقيلة الخراج ونحو تلك من الاوصاف الاعتبارية.

الجهة الثانية - بعد ما عرفت التوسعة في العيب - فقد يكون شيء واحد معيبا بملاحظة الخلقة الاصلية وغير معيب بالاضافة الى الحقيقة العادية الثانوية - وقد ينعكس الامر - وعلى التقديرين ان كان ذلك بالاضافة الى جهتين فلا اشكال في ان لكل منهما حكمها - مثلا لو كان الارض غير قابلة للزرع - لكنها خفيفة الخراج فهي معيوبة باعتبار الخلقة الاصلية وصحيحة باعتبار العادة الثانوية - و لو كانت قابلة للزرع لكنها ثقيلة الخراج فهي صحيحة بالاعتبار الاول و معيوبة بالثاني - و في الفرضين يجري حكم العيب اذلا يجب ان يكون الشيء معيوبا من جميع الجهات في ترتب احكام العيب بل يكفي التعيب من جهة واحدة.

وانما الكلام فيما اذا كان الاختلاف من جهة واحدة كما اذا كان العبد الكبير اغلف فانه تام من حيث الخلقة ومعيوب باعتبار العادة الثانوية اذجرت العادة على الختان ويجب ذلك والعبد مورد للخطر عند الختان. وكما اذا كانت الامة ثيبة فان فيها نقصا خلقيا وتمامية عادية - وهذا هو مورد بحث المصنف ره حيث.

قال ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الاصلية وحال اغلب الافراد الخ

والمفروض في كلامه المفروغية عن عدم الخيار فيما اذا كان بحسب الحقيقة الثانوية غير معيوب وانما جعل مورد البحث ان ما هو كك اى نقص او زيادة بحسب الحقيقة الاولية ولايكون كك بحسب الحقيقة الثانوية هل يكون عيبا موضوعا و انما لايلحقه حكم العيب. او انه ليس بعيب موضوعا (ووجه الاول) ان العيب هو النقص او الزيادة

---

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب احكام العيوب حديث ٢

بحسب الخلقة الاصلية وانمايعتنى بوجودالصفة فى اغلب افراد الطبيعةمن جهة كشفه عن الخلقة الاصلية وهذا انما يكون مع الجهل بها واما مع العلم بالخلقة الاصلية فلا يعتنى بالكاشف ،(نعم) لايلحقه حكم العيب من جهة ان حكم العيب انما يثبت من جهة اقتضاء الاطلاق للالتزام بالسلامة فيكون كما لو التزمه صريحا فى العقد-فمع فرض الاغلب على خلاف مقتضى الحقيقة لايقتضى الاطلاق ذلك بل يقتضى الالتزام بالبرائة من ذلك العيب فلايثبت الخيارمن هذه الجهة (ووجه الثانى) ان الغلبة بمنزلة الحقيقة الاصلية وان لها موضوعية كماتقدممع ان مقتضى خبر(١)سماعة فى الرجل يشترى جارية على انها بكر ولم يجدها كك - قال عليه السلام لاترد عليه ولايجب عليه شيء انه قد يكون يذهب فى حال مرض اوامر يصيبها- و المصنف ره قوى الوجه الاول .

اقول الظاهر هو التفصيل اذ قد يكون شيوع النقص او الزيادة لمصلحة شخصية او نوعية كالختان فانه نقص امر به الشارع لمصلحة شخصية وكالخراج فانه لغرض نوعى عقلائى وفى مثل ذلك لايعد عيبا لماعرفت من انه ليس المدار على خصوص الخلقة الاصلية- وقد يكون لا لمصلحة بل لجهة اخرى كثيبوبة الامة- وفى مثل ذلك يكون عيبا ولاعبرة بالغلبة - و هى من حيث هى ليست بمنزلة الخلقة الاصلية كما افاده المصنف ره والخبر لايدل على ازيد من نفى الخيار .

الجهة الثالثة هل يعتبر فى صدق العيب ان يكون موجبا لنقص المالية -فالنقص او الزيادة خلقة وعادة غير المنقص للمالية لايكون عيبا املا يعتبر ذلك وجهان(لااشكال) فى ان مطلق الزيادة او النقيصة الخلقية او العادية لايكون عيبا كحدة بصر العبد وزيادة شعر رأس الجارية وماشابه تلكم(كما لااشكال) فى انه ليس المدار على الزيادة والنقص من حيث المالية فقط والالكان الاشياء المختلفة من حيث المالية بعضها صحيحا وبعضها معيبا وان لم يختلفامن حيث الاجزاء الاصلية .

انما الكلام فى انه اذا كانت الزيادة او النقيصة الموجبة للنقص فى الشيء من حيث الاثاروالخواص المترتبة عليه غيرموجبة للنقص فى المالية من جهة تلازم النقص من هذه الجهة لاثر آخر و خاصية اخرى مترتبة عليه - هل تكون عيبا املا

---

(١) الوسائل باب ٦من ابواب احكام العيوب حديث١

والظاهر صدق العيب عليها اذا لمدار ليس على المالية ـ و اما خبر (۱) السيارى المذكور في المتن المتضمن لقضية ابن ابی ليلى ـ ولقوله عليه السلام كل ماكان فی اصل الخلقة فزاد اونقص فهوعيب ـ فهوضعيف السند لاتفاق الرجاليين على كون احمدبن محمد السيارى راوى الخبرضعيف فاسد المذهب وقد اجاب عنه المصنف ره باجوبة اخر سميرعليك ما فيها .

ثم انه على المختارمن صدق العيب ليس له الاالردلما تقدم من عدم معقولية الارش كما أنه على القول الاخر ايضاً لااشكال فی ثبوت حق الرد من جهة الالتزام الضمنى بعدم النقص ولذا قدتوهم عدم ترتب ثمرة على هذا النزاع والمصنف رهدفعا لذلك ذكرثمرتين(احداهما) ما اذا طرء احد موانع الرد بالعيب بناء على عدممنعها عن الرد بخيارتخلف الشرط ـ فانه على المسلك المنصوريسقط حق الرد دون المسلك الاخر وامره بالتامل و وجهه ماذكره سابقا من اختصاص ادلة تلك الموانع بصورة ثبوت الارش ـ و قد تقدم فی تلك المسألة ان مرسل جميل يعم صورة عدم ثبوت الارش فهذه الثمرة موجودة(ثانيتهما)انه اذاحصل هذاالنقص قبل القبض اوفى مدة الخيار فانه على فرض كونه عيبا يكون مضمونا على البايع ـ وعلى فرض عدمه لايكون كك اذلادليل على ان فقد الصفة المشترطة قبل القبض اوفى مدة الخيار مضمون على البايع وقد تنظرفيها المصنف ره وهوفى محله ـ فان تلف وصف المبيع اذاكان مشمولا لقاعدة كون (۲) التلف قبل القبض من البايع وقاعدة كون (۳) التلف فی زمان الخيارممن لاخيارله كان تلف الوصف الملتزم به ايضاً كك ولا يقاس ذلك بتلف ما التزم به البايع بما هو اجنبى عن تلف المبيع (وبالجملة) لافرق فی تلف الوصف بين كونه ما خوذا فی المبيع بعنوان التوصيف اوبعنوان الشرط فالعمدة هى الثمرة الاولى .

---

(۱)الوسائل باب۱ من ابواب احكام العيوب حديث۱

(۲)الوسائل ـ باب۱۰ ـ من ابواب الخيار والمستدرك باب ۹ من ابواب الخيار

(۳)الوسائل ـ باب۸ من ابواب الخيار

قوله قده فتامل الخ الامر بالتامل اشارة الى ما افاده فى بحث موانع الرد من ان ادلتها مختصة بصورة ثبوت الارش ـ وقد تقدم ماعندنا .

قوله قده وفى كلا شقى الخ مراده شقا الثمرة الثانية وهما ضمان النقص قبل القبض وفى مدة الخيار وقد عرفت وجه النظر .

قوله قده اما اولا فلان ظاهر الحكاية ان رد المشترى لم يكن لمجرد عدم الشعر الخ هذا انما يصلح ايرادا على التاييد الذى ذكره بفهم ابن ابى ليلى و اما اطلاق جواب الامام عليه السلام فهذا اجنبى عنه .

قوله قده و اما ثانيا فلان قوله فهو عيب انما يراد به بيان موضوع العيب توطئة الخ حاصله ان المتيقن من الخبر ثبوت حق الرد وهذا كما يلائم مع كون الخيار خيار العيب يلائم مع كونه خيار تخلف الشرط فلا يدل الخبر على كونه خيار العيب (وفيه اولا) ان مقتضى اطلاق التنزيل ثبوت جميع احكام العيب لا خصوص الرد (وثانيا) ان الرد الثابت بمقتضى ظاهر الخبر الرد من باب العيب وهذا المقدار يكفى فيما هو المهم وهو كون العيب اعم مما ينقص المالية .

قوله قده و اما ثالثا فلان الرواية لا تدل على الزايد عما يدل عليه العرف و لازم ذلك نقصه من حيث المالية الخ ما افاده فى نفسه تام الا ان ما ذكره من اللازم غير تام اذ مورد الكلام ما لو فرضنا النقص مع كونه موجبا لفقد بعض وجوه الانتفاعات ـ كونه موجبا للانتفاع بالشىء ببعض انتفاعات اخر المستلزم ذلك لعدم النقص فى المالية .

قوله قده فافهم الظاهر انه اشارة الى انه ضعيف من جهة اخرى غير الارسال وهو كون الراوى السيارى .

قوله قده الاولى فى تعريف العيب ما فى التحرير و القواعد من انه نقص فى العين او زيادة فيها يقتضى النقيصة المالية الخ بل الاولى تعريفه بالنقص او الزيادة المقتضى لنقص الشىء من حيث الاثار و الخواص المترتبة عليه بحسب النوع .

قوله قده و القيد الاخير لادراج النقص الموجب الخ كلمات الاعلام المنقولة فى المتن كالصريحة فى عدم دخل نقصان المالية فى صدق العيب و توجيهات المصنف ره بعيدة - واصرح من الكل كلام جامع المقاصد - قال كان عليه ان يقيد بقوله غالبا ليندرج فيه الخصاء والجب فانهما يزيد ان فى المالية مع انهما عيبان يثبت بهما الرد قطعا وفى الارش اشكال منشأه ان تعينه منوط بالنقصان وهو منتف هنا انتهى.

قوله قده لم يكن معنى لدخل علم المشترى وجهله الخ لعل التقييد بجهل المشترى من باب التقييد فى لحوق الحكم لا فى اصل الموضوع -

بعض افراد العيب

قوله قده مسألة الثفل الخارج عن العادة فى الزيت والبذر ونحوهما عيب يثبت به الرد والارش الخ محل الكلام ها هنا فى هذه المسألة هو الخيار واما صحة البيع فهى مفروغ عنها ومع ذلك نشير اليها تبعا للماتن - وعليه فالكلام يقع فى جهات (الاولى) فى صحة المعاملة وفسادها (الثانية) فى الخيار (الثالثة) فى تحقيق حال الخبرين المذكورين فى المقام.

اما الجهة الاولى - فمحصل القول فيها ان الثفل (تارة) يوجب نقصا فى الزيت من حيث الوصف خاصة وان افضى بعد التخليص الى نقص الكم ويكون المجموع عند العرف زيتا - لا زيتا وثفلا - لا اشكال فى صحة البيع فى هذه الصورة بعد تعيين وزن المظروف من غير فرق بين زيادة الثفل وقلته ومن غير فرق بين صورة العلم و الجهل اذ اللازم معرفة المبيع وزنا وان لم يعرف وزن الخالص بعد تخليص المبيع (واخرى) يوجب نقصا فيه من حيث الكم ويكون بنظر العرف زيتا وثفلا لا زيتا معيوبا - وفى هذه الصورة يصح البيع فى صورة الجهل لو عين وزن المظروف لان وزن المبيع ح معلوم غاية الامر بعد الظهور يكون من قبيل تبعض الصفقة - واما فى صورة العلم فان امكن تعيين وزن الزيت صح البيع والابطل للغرر ولا يكفى تعيين وزن المجموع.

و اما الجهة الثانية ففى مورد صحة البيع ان كان المبيع عند العرف مركبا

من الزيت والثفل يثبت خيار تبعض الصفقة - وان كان المبيع هو الزيت المعيوب - فان كان الثفل يسيرا جدا بحيث لا يعد في نفسه عيباً لا خيار - وان كان كثيرا بمقدار خارج عن العادة ثبت خيار العيب - و ان كان بمقدار جرت بـه العادة فتارة يعلم المشتري بجريان العادة واخرى لا يعلم - فان علم بذلك لا خيار له لان الاقدام على هذه المعاملة التزام بالبرائة من ذلك العيب والنقص فلا خيار معدوان لم يعلم بذلك ثبت له الخيار فان الغلبة والعادة الثانوية ان لم تكن عن غرض لا تكون بمنزلة الحقيقة الاصلية كما تقدم .

واما الجهة الثالثة - فالخبران هما خبر (١) ميسر بن عبد العزيز قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل اشترى زق زيت فوجد فيه درد ياقال ان كان يعلم ان الدردي يكون في الزيت لم يرده و ان لم يكن يعلم - رده على صاحبه وخبر (٢) السكوني عن جعفر عن ابيه ان عليا عليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه الى علي عليه السلام فقال له علي عليه السلام لك بكيل الرب سمنا فقال له الرجل انما بعته منه حكرة فقال له علي عليه السلام انما اشترى منك سمنا ولم يشتر منك ربا

اما الخبر الاول - فعن الجواهر كون الخيار لتبعض الصفقة - بدعوى اشتمال المبيع على الزيت وغيره مع ان المقصود هو الزيت (وفيه) ان ظاهر قوله - فليس عليه ان يرده وقوله - فله ان يرده صحة البيع بالنسبة الى تمام ما في الزق اذ لا رد بدون الملك فالقول بتبعض الصفقة خلاف الظاهر بل الظاهر منه كون الخيار للعيب (ثم ان) ظاهر الخبر هو التفصيل بين العلم بجريان العادة على انضمام الدردي الى الزيت وعدمه لا العلم التفصيلي بوجود الدردي وهذا ينطبق على ما ذكرناه من مقتضى القاعدة .

واما الخبر الثاني - فظاهره كون الخيار لتبعض الصفقة وكون الرب متميزا عن السمن لاحظ قوله - فوجد فيها ربا - اي وجد في العكة ربا - وقول البايع انما بعته منه حكرة اي جملة فان ظاهر ذلك كون ما في العكة سمنا وربا لا سمنا معيبا بما فيه من

(١-٢) الوسائل باب ٧- من ابواب احكام العيوب حديث ١-٢

الرب۔ وعلى اى حال توجيهه بما يطابق القواعد مشكل حيث انه حكم (ع) باداء السمن بكيل الرب۔ مع ان الخيار ان كان للعيب فلا يستحق الا الرد او الارش وان كان لتبعض الصفقة بطل البيع بالنسبة الى الرب وله الرد بالاضافة الى السمن وعلى التقديرين لا يستحق السمن بدل الرب۔ وحمله على كون المبيع كليا واداء العكة الخاصة وفاء خلاف الظاهر۔ لاحظ قوله انما بعته منك حكرة۔ فانه كالصريح فى كون المعاملة واقعة على العكة الشخصية۔ اذ لامعنى لكون كلى السمن المبيع حكرة (والمتعين) فى توجيهه بناء على كون الخيار للتبعض ان يقال ان المراد من قوله لك بكيل الرب سمنا استحقاق ثمن ذلك المقدار من السمن۔ بتقريب۔ ان قوله سمنا تميز لكيل الرب لا انه مبتدأ لقوله لك۔ وقوله بكيل الرب ايضا لا يكون مبتدء لمكان الباء بل المبتداء محذوف۔ وهو الثمن فالمعنى لك الثمن بمقدار السمن الموازى للرب۔

الارش۔ ضمانه خارج عن الضمانين

(قوله قده القول فى الارش وهو لغة كما فى الصحاح وعن المصباح الخ

اقول الارش بحسب المتفاهم العرفى له معنى متعارف فيما نحن فيه وهو ما به يتفاوت قيمة الصحيح والمعيب ولا يهمنا البحث فى انه فى اللغة له معنى واحد اومعان متعددة وكونه من قبيل الاشتراك اللفظى او المعنوى او الحقيقة والمجاز وانه فى اصطلاح الفقهاء الذى يطلق على معان هل لتلك المعانى جامع ام لا لعدم ترتب اثر عليه ۔ وانما الكلام فى المقام يقع فى امور .

الاول ان ضمان الارش المتعارف هل هو من ضمان اليد ۔ او من ضمان المعاوضة ۔ ام يكون خارجا عن الضمانين ۔ والاوجه هو الاخير فان ضمان اليد انما يكون فيما اذا تلف وهو فى يده لا فى ما اذا كان تالفا قبل ان يقع فى يده كما فى المقام۔

و ضمان المعاوضة انما يكون فيما اذا كان ذلك الشىء مضمونا فى المعاملة كالجزء والاوصاف ومنها وصف الصحة ليست كك فانها لا تقابل بالمال ولا تكون ماخوذة فى المعاملة بعنوان العوضية ولو ضمنا بل هى توجب زيادة قيمة الذات ففى المعاملات تكون بمنزلة

الداعي لبذل مقدار من الثمن بازاء الذات زايداعما يبذل بازائه لولاها والضمان الثابت بمقتضى قاعدة التلف فى زمان الخيار - او قبل القبض على فرض شمول القاعدتين لتلف الوصف انما هو فيما اذا كان التلف واردا على المعقود عليه ولا تشملان ما اذا كان العقد واردا على التالف .

الملحوظ هو التفاوت بالنسبة

الثاني ان الارش المضمون على البايع هل هو ما به يتفاوت الصحيح و المعيب بحسب القيمة الواقعية - او يكون ملحوظا بالنسبة الى الثمن المسمى - وبعبارة اخرى ان اللازم هو تدارك الوصف بقيمته الواقعية ام بقيمته التى اقدما عليها وجعلاها فى المعاملة قيمة له بملاحظة منشأيته لزيادة قيمة الذات وهذا معنى ان المراد بالتفاوت هل هو التفاوت الواقعي ام التفاوت بالنسبة - والكلام فيه تارة فيما يقتضيه القواعد - واخرى فيما يقتضيه النص الخاص .

اما الاول - فقد ذكر فى تقريب ان القاعدة تقتضى كون الارش بالنسبة الى المسمى - وجوه .

منها - ما عن جماعة منهم المصنف وهو ان البايع قد تعهد وصف الصحة الذى له مدخل في وجود مقدار من الثمن والتزم به بازاء المسمى المبذول فى مقابل الصحيح بما هو صحيح ومقتضى ذلك تعين الخروج عن عهدة الوصف بالمقدار الذى له دخل فى المسمى لا بازيد من ذلك (وفيه) ان الاوصاف الاخر غير وصف الصحة دخيلة فى المالية ايضا ومع ذلك التزموا بانه لو التزم بوجود وصف صريحا فى العقد وتخلف ثبت حق الرد خاصة وليس ذلك الا من جهة ان الوصف غير مقابل بشيء من الثمن المسمى فلا وجه لثبوت ازيد من حق الرد من قبل الالتزام الضمنى (وبالجملة) الالتزام بالوصف كان هو وصف الصحة او غيره ليس التزاما بتداركه حتى يتوهم كون عهدته عليه بمقدار دخله فى المسمى .

ومنها - ما فى حاشية السيد الفقيه ره - وحاصله ان وصف الصحة كساير الاوصاف

وان لم يكن مقابلا بالمال فى عالم الانشاء الا انه مقابل به فى عالم اللب بمعنى ان زيادة بعض الثمن انما هى بلحاظ الوصف فاذا فرض تخلفه وجب على البايع ان يغرم ما فات من المشترى و ما اغترم بملاحظة ذلك الوصف (وبالجملة) ان ضمان الارش ضمان المعاوضة اللبية ولازمه انفساخ تلك المعاملة لا المعاوضة الحسية الانشائية ومقتضاه جواز تغريمه بما اعطاه من غير مقابل فى عالم اللب (وفيه) ان المعاوضة التى لم يجعل فى عالم الانشاء لها مبرز لا يترتب عليها اثر من الانفساخ او التغريم او غيرهما

ومنها ـ وهو الحق ـ وهو ان مقتضى الارتكاز العقلائى وبناء العقلاء بعد ورود الدليل على ثبوت الارش ذلك ـ اذ اصل ثبوت الارش وان كان بتعبد من الشارع الا انه بعد ورود الدليل عليه الارتكاز العرفى وبناء العقلاء على ان الملحوظ ليس هو تفاوت الصحيح والمعيب بحسب القيمة الواقعية الذى ربما يزيد على تمام الثمن ـ كما لو اشترى ما يسوى صحيحه مائتى دينار ـ ومعيبه مائة ـ بعشرة دنانير ـ بل الملحوظ هو التفاوت بالنسبة الى الثمن المسمى ولعل السر فيه ان ثبوت الارش فى المقام ليس تعبدا صرفا فلابد له من منشأ عقلائى ولا وجه عقلائى له سوى اقدام المتبايعين على بذل مقدار من الثمن لاجل وجوده فعند التخلف يكون منافيا لذلك المقدار .

و اما الثانى ـ اى ما يقتضيه الاخبار فمحصل القول فيه ان نصوص الباب على طوائف وقد ادعى المصنف ره ظهور اغلبها فى ارادة قيمة العيب كلها وفى حاشية السيد بل هو ظاهر جميعها ـ ولكن الحق ـ ان جملة منها مجملة قابلة للحمل على كل واحد من المعنيين وجملة منها ظاهرة فى ارادة ملاحظة التفاوت بالنسبة الى المسمى ـ اما الاولى فهى طائفتان (الاولى) ما اشتمل على اخذ ارش العيب كقوله عليه السلام فى خبر (١) حماد بن عيسى وله ارش العيب (الثانية) ما اشتمل على اخذ قيمة العيب كقوله عليه السلام فى خبر (٢) محمد بن ميسر و لكن يرجع بقيمة العيب لان للقيمة فردين جعلية وواقعية ـ واما الثانية فهى طوائف (الاولى) ما تضمن كلمة الرد كقوله عليه السلام فى خبر (٣)

(١ ـ ٢ ـ ٣) الوسائل باب ٤ ـ من ابواب احكام العيوب حديث ٧ ـ ٨ ـ ٣ ـ

منصور بن حازم ولكن يرد عليه بقيمة او بقدر ما نقصها العيب - فان الظاهر من الرد عدم زيادة المردود من الثمن بل نقصانه منه ولو كان اللازم ردتمام قيمة العيب لزاد على الثمن فى بعض الاوقات كالمثال المتقدم (الثانية) مااشتمل على كلمة الفضل كخبر طلحة (١) بن زيد ثم يرد البايع على المبتاع فضل ما بين الصحة و الداء - اذلا مناسبة لهذا التعبير الا بلحاظ ما وصل الى البايع من الزيادة (الثالثة) ما تضمن انه يرد بقدر العيب من الثمن الظاهر فى كون المردود بعضا من الثمن كقوله عليه السلام فى صحيح زرارة (٢) ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لولم يكن به - وقوله عليه السلام فى صحيح (٣) ابن سنان و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب ان كان فيها (فتحصل) مماذكرناه ان مقتضى القواعد والنصوص هوما الاخلاف فيه بين الاصحاب من انه يلاحظ التفاوت بالنسبة الى المسمى .

هذاالضمان انماهو بمقدار بعض الثمن لابعينه

الثالث ان هذا الضمان هل هو بعين بعض الثمن كما عن ظاهر الاكثر اوبمقداره كما عن جمع من الاساطين و جهان - و تنقيح القول فيه بالتكلم فى موردين (احدهما) فيما يقتضيه الاصل والقاعدة (ثانيهما) فما يستفاد من النصوص الخاصة .

اما المورد الاول - فالارش ليس تكليفا محضا لكونه قابلا للاسقاط - ولاكليا ذميا اذ لايتصور التخيير بين الرد واشتغال الذمة - ولا ملكا مشاعا اذ الملك لا يقبل الاسقاط بل هو تغريم البايع بما به التفاوت (وعليه) فالشك فى المقام انما هوفى ان البايع يستحق التغريم من الثمن المسمى - اوبما به التفاوت مطلقا وعلى الاول للبايع الامتناع من قبول مادفع من غير المسمى - وعلى الثانى ليس له ذلك - فليس المقام

---

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب احكام العيوب حديث ٢

(٢) الوسائل باب ١٦ - من ابواب احكام الخيار حديث ٢

(٣) الوسائل باب ٤ من ابواب احكام العيوب حديث - ١

من قبيل الدوران بين المتباينين - بل بين المطلق و المقيد و اصل وجوب دفع العوض عن و صف الصحة - و خصوصية كونه من المسمى مشكوك فيهاوالاصل عدم اعتبارها .

واما المورد الثانى فالنصوص على طوائف (الاولى) ماتضمن (١) اخذ ارش العيب (الثانية) - ماتضمن (٢)اخذ قيمة العيب -وهاتان الطائفتان مطلقتان ومقتضى اطلاقهما كفاية التدارك من غير الثمن (الثالثة) ما(٣)عبر فيه عن تدارك العيب برد التفاوت الى المشترى (وقد يتوهم)دلالتها على تعين كونه من الثمن اذظاهر الرد كون المردود ماكان عنده اولا وهو بعض الثمن(واجاب عنه) المصنف ره بان هذا التعبير وقع بملاحظة ان الغالب وصول الثمن الى البايع وكونه من النقدين فالرد باعتبار النوع لا الشخص (اقول) على فرض حمله على الغالب يتم ما افاده فان خصوصية النقدين ملغاة عند العقلاء بحيث يعدونها مالية محضة فان رد فردا غير ما اخذ يصدق عرفا انه رد نفس ما اخذ الا ان الكلام فى وجه هذا الحمل فانه خلاف الظاهر يحتاج الى قرينة وعليه فبعد الاخذ باطلاقه لامناص عن البناء على تعين كونه من الثمن- نعم- يمكن ان يقال ان المردود غير مذكور فى النصوص المشار اليها الا فى بعضها الذى سيمر عليك وعليه فمن الجائز كون المردود هو مالية مقدار من الثمن وعليه فيلائم ذلك مع الرد من غير الثمن بالتقريب المتقدم (الرابعة) ماتضمن انه يرد بقدر العيب من الثمن - كقوله عليه السلام فى خبر (٤) ابن سنان ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها و قوله عليه السلام فى صحيح (٥) زرارة ويرد عليه بقدر ماينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به (واجاب) عن ذلك فى المتن بانهما يحملان على الغالب من كون الثمن كليا فى ذمة المشترى فاذا اشتغلت ذمة البايع بالارش حسب المشترى عند اداء الثمن ما فى ذمته عليه - ويرد عليه ما تقدم من انه لاوجه للحمل على

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٤ من ابواب احكام العيوب حديث ٧- ٨-٢-١

(٥)الوسائل باب ١٦ من ابواب الخيار حديث ٢

الغالب (والحق) ان يورد عليه بانه من المحتمل كون ذكر الثمن لبيان كون التفاوت ملحوظا بالاضافة الى الثمن المسمى لا لبيان مخرجية الثمن ـ فيكون مفادهما ملاحظة التفاوت بالنسبة الى المسمى (فتحصل) ان الاظهر كون هذا الضمان بمقدار بعض الثمن لا بعينه.

يعتبر كون الارش من النقدين

الرابع انه على المختار من عدم تعين الارش من عين الثمن فهل يتعين ان يكون من النقدين ام لا ـ والكلام فيه في موردين (الاول) في بيان مراد المصنف ره (الثاني) في بيان ماهو الحق.

اما الاول ـ فمحصل مافي المتن ان الظاهر تعين كونه من النقدين لان المضمون ليس الا المالية المحضة وليس في الاعيان الخارجية ماهو كذلك الا النقد (والمحقق الثاني) استظهر من كلام العلامة عدم تعين ذلك حيث انه ذكر ان احد العوضين المتخالفين في الصرف اذا كان معيبا وظهر العيب بعد التفرق جاز اخذ الارش من غير النقدين ولم يجز منهما (توضيح ما افاده) ان الارش حيث انه يكون عنده تتميما للمعيب ليساوي الصحيح وتتميما للمعاوضة فلا يجوز عنده اداء النقد ارشا بعد التفرق عن مجلس الصرف لان تتميم المعاملة الصرفية بعد التفرق ينافي اعتبار التقابض في المجلس ـ وهذا بخلاف اداء غير النقد فانه ح تنحل المعاملة الى صرفية وغير صرفية والتفرق في الثانية لا منع عنه.

واورد عليه المحقق الثاني ره بما توضيحه ان الغرامات تتعين في النقدين في ساير الموارد وغرامة احد النقدين اولى بان يكون منهما ولازم ذلك عدم امكان الاداء من غير النقدين في الفرض لان ما يستحقه المشتري هو النقد.

واجاب المصنف ره عن ذلك بانه فرق بين الغرامة الارشية وغيرها ـ وان في غيرها يتعين النقد ولو تراضيا على غيره يكون هو بدلا عما يستحقه وفي الغرامة الارشية وان كان يتعين النقد الا انه لو تراضيا على غيره كان هو عين ما يستحقه ارشا لا بدله (ويتضح) ما افاده ببيان امرين (احدهما) انه في ساير الغرامات حيث تكون

الذمة مشغولة فلابدوان يكون لما فى الذمة تعين اما بكونه هى المالية بشرط عدم الخصوصية ولامطابق لها الاالنقد - اوكونه هى المالية بشرط الخصوصية - اوكونه هى المالية لابشرط وجود خصوصية ولابشرط عدمها - ولازم الاعتبار الاول عدم كفاية غير النقد الابدلا لعدم مطابقة بشرط شيء لما هو بشرط لا - واما الغرامة الارشية فقدمر انه لاتشتغل بها الذمة فلا يلزم ان يكون لها تعين بل لا معنى له وحيث انه لا تعين له فيمكن ان يكون ما يتعلق به حق التغريم بشرط لا وهو النقد عند النزاع فى الخصوصيات وبشرط شيء عند التراضى على خصوصية خاصة (ثانيهما) انه لاكلام فى صحة التراضى على غير النقدين فى الغرامات (وعليه) ففى غير الغرامة الارشية يكون ما تراضيا عليه بدلا عما يستحقه الثابت فى الذمة - واما فى الغرامة الارشية فحيث انها غير ثابتة فى الذمة فلامعنى لكون ماتراضيا بدلا بل هو اداء عين مايستحقه (وبهذا البيان) يظهر اندفاع ما اورده السيد الفقيه فى الحاشية عليه فراجع وتدبر (كما انه) ظهر ماهو الحق فى المقام وهو تعين كونه من النقدين الامع التراضى.

الارش المستوعب لتمام القيمة

الخامس - فى تصور الارش المستوعب لتمام القيمة والكلام فيه فى موردين (الاول) فيما اذا ورد البيع على المعيب (الثانى) فيما اذاكان البيع قبل حدوث العيب وكان ذلك قبل القبض اوفى زمان الخيار.

اما الاول - فالكلام فيه (تارة) فيما اذاكان النقص الوارد على العين خارجيا موجبا لسلب المالية مع بقاء ذات المبيع كذهاب رائحة ماء الورد (واخرى) فيمااذا كان نقصا اعتباريا من حيث تعلق حق الجناية به الموجب للاسترقاق او القصاص اودية كاملة مستوعبة لقيمة العبد.

اما فى الصورة الاولى فالظاهر بطلان البيع سواءكان ذلك النقص موجبا لسلب المالية خاصة او ذلك مع سلبه الملكية كصيرورة الخل خمرا - اذ يعتبر فى صحة البيع المالية على ما حقق فى محله.

واما فى الثانية ـ فالظاهر صحة البيع وعدم بطلانه وان كان الارش مستوعبا للقيمة ـ وذلك لان فساد العقد اما ان يكون لنقص فى المالك اويكون لنقص فى المال وشيء منهما ليس .

اما النقص فى المالك فلان ما ذكروجها له امران (احدهما) خروج العبد عن ملك مولاه بمجرد الجناية كما عن المحقق التستري (ثانيهما) ان الجناية توجب عدم مالكية المولى للتصرف فيه لتعلق حق المجنى عليه به ـ وفيهما نظر (اما الاول) فلان ظاهر بعض(١) النصوص وان كان ذلك الا انه معارض بظاهر غيره من الاخبار(٢) ومخالف للقاعدة (واما الثانى) فلان حق الجناية يتبع العين اينما كانت ولا يزول بالبيع فلا يكون مانعا عنه .

واما النقص فى المال فقد ذكر له وجوه (منها) خروجه عن المالية (وفيه) ان استحقاق الاسترقاق لا يوجب سلب المالية فان استحقاق التملك من مقتضيات المالية فكيف يوجب سلبها وهل هو الا كاستحقاق الشريك لتملك حصة شريكه من المشترى وجواز القصاص جواز لاعدام المالية لا انه هدر لها ـ واما الحكم بدية كاملة فهو ليس بعنوان استحقاق مالية الجانى بل باستحقاق ما يوازى ماليته فلا يوجب خروجه عن المالية ومنها ـ خروجه عن الملكية (وفيه) ان النص قدمر حاله ـ والحكم بالقصاص تجويز لاخراجه عن ملكه لا انه مخرج ولا يتوقف القصاص على تملك المجنى عليه فضلا عن حكمه ـ وجواز الاسترقاق لا يعقل كونه مخرجا للملك لانه بنفسه مخرج ومزيل لها ـ والحكم بالدية اوضح (ومنها) ان بذل المال بازاء العبد الجانى سفهى (وفيه) اولا انه لادليل على بطلان البيع السفهى فان الدليل(٣) دل على بطلان بيع السفيه لا البيع السفهى ـ وثانيا ـ انه مع احتمال العفو او التفدية بشيء يسير لا يكون الاقدام على بيعه سفهيا .

(١-٢) الوسائل باب ٤١- من ابواب القصاص فى النفس

(٣) الوسائل باب ١ ـ من ابواب كتاب الحجر ـ النساء آية ٦

ومنها - كون المال متعلقا لحق الجناية وهو مانع عن صحة البيع (وفيه) ان هذا الحق حيث انه لاينافى نفوذ البيع كما تقدم فلا يكون مانعا عنه (فتحصل) ان الاظهر صحة البيع مع كون النقص اعتباريا وان كان الارش مستوعبا للقيمة - وان ما افاده العلامة متين ولا يرد عليه ما اورده المصنف ره .

و اما الثانى و هو حصول النقص بعد البيع قبل القبض - فعدم كونه من قبيل تلف المبيع الموجب لانفساخ العقد اذا كان النقص اعتباريا وان كان الارش مستوعبا للقيمة واضح مما قدمناه - واما ان كان النقص خارجيا - فقد يقال انه ان اوجب سلب المالية يكون ذلك بحكم التلف الموجب للانفساخ فلايتصور الارش المستوعب للقيمة (ولكن) يمكن ان يرد بان الموجب للانفساخ تلف ذات المبيع لاماليته فتدبر (نعم) ان أوجب ذلك سلب الملكية ايضا امكن القول بالانفساخ من جهة انه ليس هناك شيء له اقباض كي يترقب قبضه - فتأمل - فان هذا لو تم فانما هو فى ما اوجب سلب الحق اى حق الاختصاص ايضا ومما ذكرناه ظهر - مافى كلمات المصنف ره - ومع ذلك لا بأس بالاشارة الى مواقع النظر منها .

قوله قده فقدظهر من تعريف الارش انه لايثبت الامع ضمان النقص الخ قدعرفت انه ليس من ضمان اليد ولاضمان المعاوضة بل هو خارج عن الضمانين فهو ثابت من دون ضمان الوصف .

قوله قده ثم ان ضمان النقص تابع فى الكيفية لضمان المنقوص الخ (وفيه) ان تبعية الوصف للعين فى موارد ضمان اليد والاتلاف مسلمة - واما فى مورد ضمان المعاوضة فتبعية الوصف تتوقف على كونه كالجزء وقد عرفت انه ليس كك والمصنف ره ايضا يعترف به .

قوله قده نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء كاكثر النصوص يوهم ارادة قيمة العيب كلها الخ قدتقدم ان شيئاً من النصوص لايكون ظاهراً فى ذلك بل جملة منها غير ظاهرة فى شيء من المعنيين وجملة منها ظاهرة فى خلاف ذلك.

قوله قده فلا اوثق من ان يقال ان مقتضى المعاوضة الخ وقد تقدم فى

الامر الثاني توضيح ما افاده مع ما يرد عليه (وحاصله) ان الالتزام بالوصف ليس التزاما بتداركه حتى يتوهم كون عهدته عليه بمقدار دخله في المسمى .

قوله قده عدى ما يترائى من ظاهر التعبير في روايات الارش عن تدارك العيب برد التفاوت الخ قد مر في الامر الثالث ما يرد على المصنف وما هو الحق في الجواب عن هذه النصوص فلا نعيد .

قوله قده حيث حكما في باب الصرف بانه لو وجد عيب في احد العوضين المتخالفين الخ وقد تقدم في اول الامر الرابع توضيح كلمات العلامة و المحقق الثاني و المصنف ره - و ان ما اورد على المصنف ره من الايرادات ناشئة عن عدم الوصول الى حقيقة مرامه قده .

قوله قده ولا يعقل ان يكون مستغرقا له الخ قد عرفت ان هذا يعقل في النقص الاعتبارى وان ما افاده العلامة ره متين لا يرد عليه ما افاده المصنف ره .

قوله قده ضمن اقل الامرين على رأى و الارش على رأى الخ وجه ضمان الاقل ان زيادة الارش غير مضمونة على المولى لان جناية العبد لا يضمنها سيده ولا يجنى الجانى على ازيد من نفسه - ووجه ضمان الارش خاصة ان الاختيار بيد المولى فيكون البيع اختيارا للارش والتزاما بالفداء .

قوله قده وصح البيع ان كان موسرا الخ بشرط بذل الواجب .

قوله قده لا الثمن معها الخ اى مع الاجازة ومحصله انه مع اجازة المجنى عليه البيع يضمن المولى اقل الامرين من ارش الجناية وقيمة العبد ولا يضمن الثمن اذ بما زاد على القيمة والزايد ملك للمولى لانه كسب له في مقابل ماله وزيادة الارش ليست على المولى لما سبق .

قوله قده فيرجع بالثمن او الارش الخ اى لو فسخ يرجع بالثمن ولو لم يفسخ يرجع بالارش .

قوله قده فان استوعب الجناية القيمة فالارش ثمنه ايضا و الا فقدا الارش الخ

وقد ذكروا فى بيان مراده قده وجوها احسنها ما ذكره جمع وهو ارش خيار العيب واستيفائه لتمام مايوازى ثمنه فالمراد من ثمنه مايوازى الثمن لاعينه .

قوله قده وعلى الثانى فينبغى بطلان البيع الخ قدعرفت انهمع استيعاب الارش للقيمة لايكون البيع باطلا .

فى التقويم

قوله قده يعرف الارش بمعرفة قيمتى الصحيح والمعيب ـ فلابدمن الرجوع الى العارف بهـا الخ وقد وقع الكلام بين الاعلامفى الفرق بينالشهادة والخبر ـ والوجوه التى ذكروها كثيرة لايهمنا التعرض لها اذ الشهادة لها معنيان (احدهما) عام وهويشمل جميع موارد الخبروهى بهذا المعنى ليست مورد الحكم ـ (ثانيهما) خاص وهوالاخبار الجازم عن حق لازم للغيرمنغير الحاكم وهىبهذاالمعنى لايتصورفى مورد الشك فى صدقها ـ وبغير هذين المعنيين لم تؤخذ موضوعا لحكم حتى يتصدى لبيانه فالصفح عن ذلك اولى .

ثم ان ـ المختار على ماحققناه فى حاشيتنا على الكفاية حجية الخبر الواحد فى الموضوعات الاماخرج بالدليل غاية الامر فيما اذا كان المخبر عنه حسيا (وان كان حدسيا) فان كان المخبر من اهل ذلك الفن كان قوله حجة من باب حجيةقول اهل الخبرة .

اذا عرفت هذا فاعلم ان العارف بالقيمة (تارة) يخبرعن نظره وحدسه منجهة كثرة ممارسةاشباه هذا الشىء وان لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس فى امثاله (واخرى) يخبرعن قيمته باعتبار خصوصيات فى المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة (وثالثة) يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند اهل البلد او اهل الخبرة ـ فان اخبر عن نظره و حدسه كان قوله حجة من باب انه من اهل الخبرة و يكون مقوما ـ و ان اخبر عن

الخصوصيات او القيمة المتعارفة كان حجية قوله من باب حجية خبر الثقة ولايكون هو مقوما .

قوله قده وهذا يحتاج الى الصفات السابقة الخ يعنى بها التعدد والاخبار عن الحس و العدالة (ويرد عليه) انه لايعتبر فى الرجوع الى اهل الخبرة التعدد ولاكون الاخبار عن حس .

قوله قده وان احتمل فى غير الاول الاكتفاء بالواحد ما للزوم الحرج لو اعتبر التعدد الخ بل الاظهر الاكتفاء بالواحد حتى فى القسم الاول كما مرت الاشارة اليه .

قوله قده وجهان الخ الاوجه هو الثانى بناء على ما هو الحق من كون الارش من باب الغرامة لاالانفساخ وما ذكره ره فى وجه الاخذ بالاكثر من عدم العلم بتدارك العيب المضمون الا به (وحاصله) ان الشك فى المقام فى سقوط الحق الثابت ومقتضى الاستصحاب بقائه مالم يؤد الاكثر (غير تام) فان منشأ الشك المزبور الشك فى كيفية الثبوت ومع اجراء الاصل فى الثبوت واثبات ان متعلق الحق هو الاقل ـ لايبقى مورد للاصل المشار اليه .

تعارض المقومين

قوله قده لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينة الاقل للاصل الخ

الوجوه المحتملة كثيرة (الاول) ما اختاره المصنف ره ونسبه الى المعظم وهو وجوب الجمع بينهما بقدر الامكان فاذا قوم احدهما بعشرة فقد قوم كلا من نصفه بخمسة و اذا قوم الاخر بثمانية فقد قوم كلا من نصفه باربعة فيعمل بكل منهما فى نصف المبيع (الثانى) تقديم بينة الاكثر (الثالث) الرجوع الى القرعة (الرابع) الرجوع الى الصلح (الخامس) تخيير الحاكم (السادس) الرجوع الى المرجحات من الاعدلية و الاكثرية و نحوهما (السابع) تقديم بينة الاقل (الثامن) التساقط و الرجوع الى الاصل .

اما الاول ـ فقد استدل له بوجهين (احدهما) ان كلا من الدليلين حجة شرعية يلزم العمل به فاذا تعذر العمل به فى تمام مضمونه وجب العمل به فى بعضه وكل منهما و ان تعارض الاخر فى بعض مضمونه ايضا الا ان طرح قول كل منهما فى النصف مع العمل به فى النصف الاخر اولى فى مقام امتثال ادلة العمل بكل بينة من طرح كلتيهما او احداهما رأسا اذ الجمع بين الدليلين والعمل بكل منهما ولو من وجه اولى من طرح احدهما رأسا (وفيه) ان المصنف ره قد حقق فى الاصول ان قاعدة الجمع لااساس لها و انما يجمع بين الدليلين لو كان الجمع عرفيا ـ و الا فمقتضى القاعدة هو التساقط ـ و عليه ـ فلا وجه لما افاده فى المقام ولا حجة فى البين حتى يصدق فى نصف مدلولها .

فان قلت ـ ان ماحققه فى الاصول انما هو فى الاحكام التكليفية على الطريقية واما فى باب الحقوق والوضعيات التى تحدث المصلحة بسبب قيام الحجة على الامر الاعتبارى كالملكية فلايجرى بل حيث انه عند التزاحم لا يعقل اعتبار ملكية عين واحدة لشخصين بالاستقلال ـ و تقديم احدهما ترجيح بلا مرجح ـ و اما اعتبار ملكية نصفها لشخص ونصفها الاخر لشخص آخر فهو معقول ولاتزاحم بينهما من هذه الجهة فلابد من الاخذ به بداهة استحالة عدم تأثير السببين فى مالاتزاحم بينهما.

قلت ـ انه حيث يكون ماهو ملك بالاستقلال لشخص كل جزء منه ملكا له من جهة الانحلال لاانها ملك اشاعى له مع فرض عدم الشريك له فى الملك فالبينتان متعارضتان حتى بالنسبة الى كل جزء فان كل منهما تدل على ان العين بتمامها و باجزائها ملك استقلال لمن تثبت الملكية له ـ واما النصفان على الاشاعة وان لم تكن البينتان متعارضتين بالاضافة اليهما ـ الا انهما ليسا مدلولى البينتين كى يقال انهما غير متزاحمين فيهما فتدبر .

الثانى ـ ان التنصيف جمع بين الحقين فيجب رعاية لهما (وفيه) ان التنصيف فيما اذا كان حق ثابت مردد بين الشخصين كالمال المردد بين ان يكون لزيد او عمرو

لاكلام فيه وعليه بناء العقلاء و يستفاد من بعض (١) النصوص - و يعبر عنه بقاعدة العدل والانصاف - وهذا لاربط له بالمقام فان الزايد عما اتفق عليه المقومان يدور امره بين الاستحقاق وعدمه لااستحقاق البايع واستحقاق المشترى فلامورد للتنصيف من باب الجمع بين الحقين لعدم الموضوع .

واستدل للثانى (بانه) لاتعارض بين البينتين لان مرجع بينة النفى الى عدم وصول نظرها وحدسها الى الزيادة فبينة الاثبات المدعية للزيادة سليمة (وفيه) ان بينة الاقل تشهد بالقطع على عدم الزيادة واقعا.

واستدل للثالث (بعموم) ادلة (٢) القرعة اما لتشخيص الواقع - اولتشخيص الدليل (وبخصوص) بعض ماورد من النصوص فى تعارض البينات الامر بالرجوع الى القرعة الشامل باطلاقه للمقام كصحيح (٣) الحلبى عن ابى عبدالله عليه السلام فى شاهدين شهدا على امر وجاء آخران فشهدا على غير الذى شهدا واختلفوا قال عليه السلام يقرع بينهم فايهم قرع فعليه اليمين وهو اولى بالحق ونحوه غيره .

و لكن - يرد على الاول منهما ان القرعة مختصة بموارد عدم تشخيص الحكم ولو مع الاصل اما لاختصاص موضوع الادلة بذلك اولتخصيصها بادلة الاصول والامارات - و عليه ففي المقام بما ان مقتضى اصالة البرائة عدم استحقاق الزايد فلاوجه للرجوع الى القرعة (مع) ان دليل القرعة مختص بما اذا كان هناك حق ثابت وفى المقام ثبوته غير معلوم كما تقدم - ويرد على الثانى - انه مختص بمورد الحكومة كما هو واضح فلاوجه للتعدى .

واستدل للرابع - بان كلامن المتبايعين متشبث بحجة ظاهرية والمورد غير

---

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب احكام الصلح

(٢) الوسائل- باب ١٣- من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء

(٣) الوسائل - باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ١١

قابل الحلف لجهل كل منهما بالواقع (وفيه) ان مجرد عدم امكان الحلف مع ان مقتضى الاصل عدم الاشتغال بالزايد لادليل على كونه سببا لوجوب الصلح .

واستدل للخامس بامتناع الجمع وفقد المرجح (وفيه) اولا انه لاينحصر الكلام بمورد التنازع والخصومة - وثانيا - انه لاوجه لتخيير الحاكم بعد عدم كون الواقع كك قطعا .

واستدل للسادس بالنصوص (١) (وفيه) انها مختصة بصورة النزاع والترافع الى الحاكم ولادليل على التعدى .

واستدل للسابع بان اصالة البرائة مرجحة للبينة الحاكمة بالاقل- (وفيه) ان الاصل لايصلح مرجحا للدليل لكونه فى طوله (فتحصل) ان الاظهر هو القول الثامن وهو التساقط والرجوع الى الاصل وهو يقتضى عدم الاشتغال بالزايد (فان قلت) انك بنيت فى الاصول على ان الاصل فى تعارض الامارات هو التخيير لا التساقط فكيف لاتلتزم به فى المقام (قلت) ان ذلك فيما يمكن فيه التخيير وفى المقام لا يصح اذلا معنى لتخيير البايع والمشترى معا كما لا يخفى وترجيح احدهما بلا مرجح .

قوله قده و لذا جعل فى تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البينتان الخ اقول ان الحكم بالتنصيف فى تلك المسألة ليس من جهة العمل بالبينتين - بل من جهة ان يد كل منهما على نصف الدار وهى امارة الملكية فهو لاجل اليدين لا البينتين .

طريق تحصيل التفاوت بين القيمتين

قوله قده ثم ان المعروف فى الجمع بين البينات الجمع بينهما فى قيمتى الصحيح الخ تنقيح القول فى المقام بالتكلم فى موارد (الاول) فى بيان مورد الكلام (الثانى) فى بيان الطريقين المذكورين للجمع (الثالث) فى بيان ان الطريقين

---

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء

هل يختلفان ام لا (الرابع) فى بيان الصحيح منهما .

اما الاول فمورد الكلام صورة التعارض والافلو كان ما به التفاوت على كل من القولين هو النصف مثلا فهو خارج عن محل الكلام لعدم التعارض لمكان اتحاد النتيجة بالنسبة الى المسمى - وبذلك يظهران المثال الاول الذى ذكره المصنف ره وهوما اذا كان احدى قيمتى الصحيح اثنتى عشر والاخرى ستة - واحدى قيمتى المعيب اربعة والاخرى اثنتين - خارج عن محل الكلام فان التفاوت على التقديرين بالثلثين وكذا المثال الذى ذكره تحت عنوان قوله وان اختلفا فى الصحيح والمعيب فان اتحدت النسبة الخ - و هو - ما اذا قوم احداهما الصحيح باثنى عشر و المعيب بستة - وقوم الاخرى الصحيح بستة و المعيب بثلاثة - فان التفاوت على التقديرين بالنصف كما صرح به - والظاهران منشأ اشتباه المصنف ره عبارة الجواهر حيث ذكر المثالين فى آخر الصورة الاولى من الصور الثلاث التى ذكرها لبيان اتحاد الطريقين .

واما الثانى فمحصل طريقة المشهور ملاحظة مجموع قيمتى الصحيح -ومجموع قيمتى المعيب - وملاحظة نسبة المجموع الى المجموع والاخذ من الثمن بتلك النسبة فاذا قوم احداهما الصحيح بستة -والاخرى - باربعة - و قوم الاولى المعيب باثنين - والاخرى بثلاثة - يلاحظ نسبة الخمسة الى العشرة ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة وهى النصف - ونسب الى الشهيد ره طريق آخر - وهو - الرجوع الى البينة فى مقدار التفاوت ويجمع بين البينات فيه من غير ملاحظة القيم فالشهيد على نصف مجموع الكسرين والمشهور على الكسر بين القيمتين المنتزعتين.

واما الثالث - فتارة تتحد قيمة الصحيح و تختلف قيمة المعيب - واخرى - تتحد قيمة المعيب وتختلف قيمه الصحيح - وثالثة - تختلف كل من القيمتين.

اما فى الصورة الاولى - فالظاهر هى المطابقة الدائمية بين الطريقين - اذ قيمة الصحيح اذا كانت واحدة - والكسر وان كان يختلف با ختلاف قيمة المعيب لكن الكسرين متساوى النسبة الى كل نصف من الصحيح لفرض تساوى النصفين فى القيمة فمجموع الكسرين قهراً هو كسر مجموع النصفين .فلا فرق بين ان يلاحظ الكسرين

ويضا فان الى الواحد وبين ان يلاحظ قيمتى الصحيح والمعيب ويلاحظ الكسر الواحد

واما فى الصورة الثانية ـ فالظاهر هو عدم المطابقة دائما ـ نفرض ـ توافقهما على ان قيمة المعيب ستة ـ واحداهما تقول ان قيمة الصحيح عشرة ـ والاخرى تقول انها ثمانية ـ لازم ماافاده المشهور ـ من ملاحظة مجموع قيمتى الصحيح ـ وهى ثمانية عشر ـ وملاحظة مجموع قيمتى المعيب وهى اثنتا عشر ـ وملاحظة نسبة المجموع الى المجموع ـ هو كون التفاوت بالثلث ـ ولازم ماافاده الشهيد ره ـ وهو الرجوع الى البينة فى مقدار التفاوت والجمع بين البينات فيه ـ هو كون التفاوت بنصف الخمسين الذين هما مابه التفاوت لاحداهما ـ وهى ما تعين قيمته الصحيح عشرة ـ ونصف الربع الذى هو مابه التفاوت للاخرى وهى ما تعين قيمته ثمانية ـ فيؤخذ من الثمن خمس وثمن ـ وهذا اقل من الثلث فلو كان الثمن اثنى عشر لازم ما افاده المشهور الاخذ من الثمن اربعة ـ ولازم ما افاده الشهيد ره الاخذ منه ثلاثة ونصف فتدبر.

واما فى الصورة الثالثة فيظهر الحال فيها مماتقدم وهو عدم المطابقة دائما واما الرابع ـ فالاظهر انه بناء على الالتزام بالجمع يتعين اختيار طريقة الشهيد ره اذ مدرك الجمع ـ اما لزوم الجمع بين الحقين اولزوم العمل بالبينتين ـ وعلى التقديرين يتعين ماذهب اليه الشهيد ره ـ اما على الاول ـ فلان الحق يدور امره بين كل من التفاوتين اى الربع ـ والنصف مثلا ـ فلاوجه لملاحظة قيمتى الصحيح والمعيب وانتزاع قيمة متوسطة ثم ملاحظة كسر تلك القيمة ـ واما على الثانى ـ فلان الرجوع الى البينتين انما هو لتعيين مابه التفاوت وانما التعارض بينهما فى ذلك وهو مورد الاثر ـ فلابد من الجمع بينهما فى ذلك ولا فرق فى ذلك بين كون البينة قائمة ابتداء على مابه التفاوت من دون تعرض لقيمتى الصحيح و المعيب ـ او كونها قائمة على القيمتين ويكون مابه التفاوت مدلولها الالتزامى .

القول فى الشروط ـ حقيقة الشرط

قوله قده القول فى الشروط الخ الظاهر كما افاده بعض ان المصنف ره

كتب هذه المسألة مستقلة ثم الحقها بالكتاب ـ و الاكان المناسب ان يذكر خيار تخلف الشرط ثم يتعرض لها في ضمن تلك المسألة استطرادا ـ وكيف كان فتنقيح القول في المقام يقتضى التكلم فى مقامات (الاول) فى بيان معنى الشرط وحقيقته (وتظهر) ثمرة هذا النزاع اى النزاع فى معنى الشرط وحقيقته فى الشروط الابتدائية ـ فانه لوشملها الشرط بماله من المعنى كانت لازم الوفاء لاطلاق الدليل والافلا (لايقال) انه لايجب الوفاء بها اجماعا وان صدق عليها الشرط فلافائدة فى هذا النزاع (فانه يقال) ان هذا الاجماع بما انه ليس تعبديا ولعل مدرك المجمعين عدم صدق الشرط عليها فلايصلح لتقييد اطلاق الدليل .

قوله قده الشرط يطلق فى العرف على معنيين احدهما المعنى الحدثى الخ

وقد ذكروا فى مقام بيان معنى الشرط عرفا ولغة امورا ـ وهى الالزام والالتزام ـ اما فى البيع ونحوه كما عن القاموس ـ اومطلقا ـ واليه يرجع ما فى حاشية السيد من انه جعل الزامى اى الجعل المستلزم للالزام ـ والعهدة ـ والعلامة ـ ومطلق الربط والتعليق ـ والمصنف ره ذهب الى ان له معنيين عرفيين ـ احدهما ـ الالتزام والالتزام ـ والثانى ـ مايلزم من عدمه العدم و ان له معنيين اصطلاحين ـ احدهما ـ ما يستعمل فى السنة النحاة وهى الجملة الواقعة تلو اداة الشرط ـ ثانيهما ـ ما يستعمل فى السنة اهل المعقول .

والحق ان له معنى واحدا وهو الربط والتعليق واستعماله فى جميع الموارد انما يكون فى ذلك المعنى (توضيح ذلك) ان الشرط بالتحريك بمعنى العلامة ـ والدون والرذل ـ والشريف ـ وجمعه اشراط ومن ذلك اشراط الساعة اى علاماتها ـ واشراط الغنم اى رذالها ـ واشراط الناس اى اشرافهم (واما) الشرط بالسكون وجمعه شروط فهو بحسب المتفاهم العرفى ليس مطلق الالزام واذا لايصدق على ايجاب عمل على شخص ولا على مطلق الجعل والاثبات ـ بل المنساق الى الذهن منه هو تقيد امر بآخر اما واقعا اوبجعل جاعل (وما) فى القاموس وغيره من مصاديق هذا المعنى العام كما (ان) اطلاقه فى السنة النحاة على الجملة الواقعة عقيب اداة الشرط انما يكون من

هذا الباب فان المقدم اما ان يكون شرطا واقعيا اوجعليا للجزاء (كما ان) اطلاقه في السنة اهل المعقول على جزء من اجزاء العلة من هذا الباب (وبالجملة) للشرط معنى واحد و اطلاقه في جميع الموارد من ذلك الباب ـ و هو تقيد امر باخر غاية الامر ان هذا التقيد والربط قد يكون تكوينيا كربط احراق النار بالمحاذاة وقد يكون مجعولا بجعل تشريعي كجعل الطهارة شرطا للصلاة و قد يكون مجعولا بجعل المتعاملين و ليس له معنى آخر .

ثم ان الشرط بهذا المعنى لايصدق على الشروط الابتدائية وهو واضح .

وقد استند المصنف ره في شموله لها الى اطلاقه عليها في موارد (منها) قوله صلى الله عليه وآله وسلم (١) في حكاية بيع بريرة ان قضاء الله احق وشرطه اوثق والولاء لمن اعتق ـ فانه اطلق الشرط على ماجعله الله تعالى ابتداء من ان الولاء للمعتق خاصة (وفيه) اولا ـ ان اطلاق الشرط عليه انما هو من جهة ان الولاء مقيد بحسب الجعل الالهي بالعتق ـ وثانيا ـ انه يمكن ان يكون الاستعمال مجازيا للمشاكلة ـ نظير قوله تعالى (٢) فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه ـ مع ان المجازاة ليست من الاعتداء (ومنها) قول امير المؤمنين عليه السلام (٣) في الرد على مشترط عدم التزوج بامراة اخرى في النكاح ـ شرط الله قبل شرطكم ـ والجواب عنه ما تقدم في سابقه .

ومنها ـ قوله (٤) ما الشرط في الحيوان قال ثلثة ايام للمشتري ـ (وفيه) ان الاطلاق فيه انما هو باعتبار ارتباط العقد بالخيار غاية الامر الخيار مجعول للشارع

---

(١) ليس في النصوص المروية من طرقنا الاقوله (ص) الولاء لمن اعتق ـ راجع الوسائل باب ٥٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ـ و باب ٧٣ من ابواب كتاب العتق ـ وغيرها من كتب الحديث نعم من طرق العامة ماتضمن الجملة بتمامها ـ وعن دعائم الاسلام عن علي (ع) عنه (ص) الولاء لمن اعتق وشرط الله اكد .

(٢) البقرة آية ١٩١ .

(٣) الوسائل باب ٢٠ من ابواب المهور حديث ٦ كتاب النكاح

(٤) الوسائل باب ٣ من ابواب الخيار حديث ٥

للمتعاقدين (ومنها) انه اطلق على النذر اوالعهد او الوعد فی بعض اخبار النكاح (والظاهر) ان نظره الى خبر (١) منصوربن يونس بزرج عن العبد الصالح (ع) قال قلت له ان رجلامن مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فاراد ان يراجعها فابت عليه الا ان يجعل لله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها فاعطاها ذلك ثم بداله فی التزويج بعد ذلك فكيف يصنع فقال عليه السلام بئس ما صنع وماكان يدريه ما يقع فی قلبه بالليل والنهارقل له فليف للمرئة بشرطها فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال المؤمنون عند شروطهم ـ فانه لاشرط الا ماجعله لله عليه وهو اما نذر اوعهد (لا) الى خبر ابن (٢) سنان المروى فی الحاشية فانه ليس فيه مايتوهم كونه نذرا اوعهدا ولا يكون مذيلا بقول رسول الله (ص) المؤمنون عند شروطهم (وفيه) ان اطلاق الشرط ليس باعتبار انه نذر اوعهد بل باعتبار اناطة التزويج عليها بذلك الالتزام المؤكد.

و منها ـ اطلاق الشرط على البيع فی كثير من الاخبار (وفيه) انه لم يستعمل الشرط فی البيع فی شیء من الاخبار ـ فان الاخبار التی ادعى صاحب الحدائق اطلاق الشرط فيها على البيع ـ انما اطلق فيها ذلك باعتبار انه قد التزم كون المبيع موصوفا بوصف خاص الذی هو التزام فی ضمن البيع لاحظ (٣) صحيح الحلبی سئل ابوعبدالله عليه السلام عن الرجل يسلم فی وصف اسنان معلومة ولون معلوم ثم يعطی دون شرطه اوفوقه فقال عليه السلام اذاكان عن طيبة نفس منك ومنه فلابأس ونحوه غيره.

قوله قده لوقوعه فی الاخبار كثيرا الخ قد عرفت انه لم يستعمل فيه فی الاخبار.

قوله قده اولوية الاشتراك المعنوی الخ الاولوية لاتصلح دليلا لتعيين الموضوع له.

---

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب المهور حديث ـ ٤ كتاب النكاح

(٢) الوسائل ـ باب ٣٨ ـ من ابواب المهور حديث ٢

(٣) الوسائل باب ٩ ـ من ابواب السلف حديث ١

قوله قده وهو بهذا المعنى اسم جامد لامصدر الخ (وفيه) ان ضابط كون المعنى اشتقاقيا كون المبدأ صالحا وقابلا للقيام بشيء باحد انحاء القيام - و عنوان ما يلزم من عدمه العدم و ان لم يكن صالحا لذلك الا ان المبدأ فيه وهو استلزام شيء لشيء صالح لذلك وهذا يكفي في كونه اشتقاقيا (وما ذكره) من عدم التضائف في الفعل والانفعال بينه و بين المشروط (يرد عليه) ان المشروط مضائف للشرط بالمعنى الوصفي - ولايعتبر في التضائف ان يكون مضائف ما هو على هيئة المفعول هو هيئة الفاعل - مع - ان المشروط بمعنى المشروط فيه لايكون مضائفا للشارط - وهو بما له من المعنى وهو نفس المشروط مضائف له فتدبر.

قوله قده فقد تلخص مما ذكرنا ان للشرط معنيين الخ قد عرفت ان له معنى واحدا في العرف واللغة والاصطلاح .

قوله قده ولا يخفى توقفه على التوجيه الخ و الوجه فيه انه ليس في الحيوان شرط ثلاثة ايام بل شرط خيار ثلاثة ايام فحذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه - ولكن قد مر ان المراد بالشرط هو الخيار فلاحاجة الى التقدير - (وعليه) فما في الحاشية من ان في العبارة سقطا فان المناسب ان يقول لايخفى عدم توقفه على التوجيه متين .

شروط صحة الشرط - اعتبار القدرة على الشروط

قوله قده الكلام في شروط صحة الشرط - احدها ان يكون داخلا تحت قدرة المكلف الخ - اقول بما ان القدرة وعدمها اللتين هما من قبيل العدم والملكة تختصان بالافعال ولا تتعلقان بالاعيان الخارجية والاوصاف - وهذا البحث لايختص بالافعال فالاولى التعبير بان يكون مايشترط تحت سلطانه و استيلائه فيعم الاوصاف فانه يسلط على الوصف بسلطنته على العين وكيف كان فتنقيح القول في المقام بالتكلم في موارد - الاول - فيما اذا كان الشرط فعلا - الثاني - ما اذا كان وصفا - الثالث -

ما اذا كان من شروط النتيجة .

اما الاول ـ فلاكلام فيما اذا كان الفعل لاحد المتعاقدين و مقدوراله ـ و الكلام انما هوفي غيرذلك من اقسامه اعم من فعل محال من المشروط عليه ـ اوفعل الغير ـ اوفعل الله تعالى .

وما افاده المصنف ره من ان الالزام والالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلااوعادة ممالايرتكبه العقلاء والاتيان بالقيد المخرج لذلك والحكم عليه بعدم الجوازبعيد عن شان الفقهاء (يردعليه) ان الشرط حقيقته ربط العقد بشيءكما اعترف به فكما ان العقلاءيربطون عقودهم بفعل الغيرعلى ماصرح به كذلك يربطونها بالمحال (وبالجملة) لاكلام في عدم لزوم الوفاء بالشرط المحال ـ انما الكلام في انه هل يصح ربط العقد به ام لا بحيث يثبت للمشروط له الخيارمع عدم تحققه ـ والاظهرجواز ذلك .

وقد استدل لعدم الجوازواعتباركون الفعل مقدورا بوجوه (احدها) الاجماع (وفيه) اولاان المخالف موجود وهوالشيخ والقاضي وغيرهما ـ وثانيا ـ انه لمعلومية مدرك المجمعين ولااقل من احتمال استنادهم الى بعض ماسيأتي لايعتمد عليه (ثانيها) ما عن العلامة ره وهو ان الشارط لايقدرعلى التسليم اى تسليم متعلق الشرط ـ بل المبيع اذاقيد به ـ والقدرة على التسليم معتبرة ـ (وفيه) ان مدرك اعتبارالقدرةعلى التسليم لزوم الغررمن عدمهاكما تقدم وفي المقام (ان ادعى) انه يلزم الغررفي البيع (فيرده) ان الشرط التزام في الالتزام لاانه من قيود المبيع ويكون التزام واحدمتعلقا بالمبيع و الشرط (وان ادعى) لزوم الغرر في الشرط (فيرده) اولا النقض بمااذاكان الشرط فعل المشترط عليه مع كونه اختياريا اذا لم يوثق بحصوله ـ و ثانيا ـ ان الشرت الذي حقيقته ربط الالتزام بالوفاء بالعقد به ـ وثبوت الخيارعند عدمه لايلزم من عدم القدرة عليه الغرر والخطر (ثالثها) لزوم الغررمن عدم القدرة ـ وقد عرفت مافيه (رابعها) لزوم اللغوية والسفاهة (وفيه) اولا ان مجرد ذلك لايوجب البطلان فان الباطل معاملة السفيه (١) لاالمعاملة السفهية ـ و ثانيا ـ انه مع ربط العقد به

---

(١) ص ٢٧٤

وتعليق اللزوم عليه لايلزم اللغوية والسفاهة (خامسها) ماافاده المحقق النائينى ره وهو ان الشرط اعدلنقل مايصح نقله بساير العقود و ما لا يصح نقله بها فلابد و ان يكون مملوكا للشارط والا فهومن قبيل وهب الامر مالايملك (وفيه) انه فى الشرط ليس تمليك و تملك بل ربط للعقد به و انه مع عدمه للشارط الخيار ـ فالاظهر عدم اعتبار القدرة .

واما المورد الثانى ـ وهو ما اذا كان الشرط وصفا ـ فان كان واثقا بوجوده كان الوصف حاليا ام استقباليا صح بلاتامل فانه لاغرر ولامحذور آخر ـ والافقد فصل المصنف ره بين الحالى و الاستقبالى وحكم ببطلان الثانى للزوم الغرر دون الاول ـ للاجماع ـ ولان التزام وجود الصفة فى الحال بناء على وجود الوصف الحالى وبهذا المقدار يرتفع الغرر لكون ذلك بمنزلة التوصيف (وفيه) اولا انه لوكان البناء كافيا فلم لايلتزم به فى الاستقبالى ـ وثانيا ـ ان لازمه البطلان مع عدم البناء في الوصف الحالى ـ وثالثا ـ انه يستلزم ثبوت معنيين للشرط احدهما البناء على تحقق الشرط والاخر عدمه (والحق) هو التفصيل بينهما والبناء على الصحة فى الاستقبالى والبطلان فى الحالى ـ اما الصحة فى الاول فلان المبيع حين ما يقع البيع عليه معلوم ذاتا ووصفا فلاغرر فيه ولايعتبر العلم بالاوصاف الى الابد ـ و الشرط قد تقدم ان الجهل به من حيث هو لا يوجب الغرر ـ و اما البطلان فى الثانى ـ فلان الجهل بالوصف الحالى موجب لكون المبيع مجهولا وغرريا فيبطل لذلك ـ لولا الاجماع على الصحة على ما ادعاه المصنف .

و اما المورد الثالث ـ وهو ما اذا كان الشرط من شروط النتيجة ـ فان كان مما يكفى فى تحققه كل سبب ولو كان هو الشرط ـ لاكلام فى صحته ـ و ان كان ممايتوقف على سبب خاص ـ فان كان الشرط تحققه عن سببه لاكلام فى صحته ايضا اذا كان سببه مقدورا ـ وان كان تحققه من دون السبب بطل لكونه خلاف الكتاب والسنة وبذلك يظهر مافى كلام المصنف ره .

قوله قده لكن الظاهر ان المراد به جعل الله الزرع والبسر سنبلا الخ

قد تكرر في كلماتهم المثال للشرط غير المقدور بذلك والمراد من جعل الزرع سنبلا. اما جعل الله تعالى كما صرح به الشهيد - اوجعل المشروط عليه كما هو صريح جامع المقاصد وظاهر الشرايع - اوجعل الاعم من الله ومن المشروط عليه كما صرح به صاحب الجواهر - وعلى فرض كون الثاني مرادا ليس المراد به كون المشروط عليه مفيض الوجود او كونه مجرى الفيض اذ لايخطر شيء منهما ببال المتعاملين بل المراد اعداد المقدمات المؤدية الى ذلك - وحيث ان بعضها خارج عن تحت قدرته فهو شرط غير مقدور.

قوله قده مع ان اشتراط كون الفعل سائغا يغني الخ يتم ذلك اذا كان المراد به السائغ الشرعي - واما اذا كان المراد اعم منه ومما يسوغ عقلا فلا يتم فان المحال ايضا سائغ عقلا ولم يرد فيه منع شرعي.

قوله قده فافهم الظاهر انه اشارة الى انه ان اريد باعمال المقدمات اعمالها بقيد الايصال كان من الممتنع العقلي فهو كر على مافر - وان اريد به اعمالها بالمقدار المقدور لم يكن من شرط غير المقدور.

قوله قده و ان كان للتامل في صحته مجال الخ لعل وجهه ان ذلك من الشروط التي لا منفعة معتد بها فيها و عدم ذلك من شروط صحة الشرط كما سيأتي - فانتظر.

قوله قده ومن افراد غير المقدور مالوشرط حصول غاية الخ قد عرفت ان شرط حصول الغاية مابين ماهو مقدور. وما لايصح لكونه مخالفا للكتاب والسنة لا لكونه غير مقدور.

اعتبار كون الشرط سائغا

قوله قده الثاني ان يكون الشرط سائغا في نفسه الخ في الحاشية لايخفى ان هذا الشرط راجع الى الشرط الرابع فلاوجه لعده مستقلا (اقول) الظاهر ان وجه عده مستقلا ما افاده ره بقوله لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم - فانه يؤول الى اجتماع

الوجوب والحرمة في شيء واحد وان لم يكن دليل على اعتبار عدم المخالفة للكتاب وان شئت قلت انه يقع التعارض بين دليل(١) وجوب الوفاء بالشرط مع دليل ذلك الحرام فيتساقطان فلادليل على نفوذ هذا الشرط .

اعتبار ان يكون فيه غرض عقلائي

قوله قده الثالث ان يكون مما فيه غرض معتد بـه عند العقلاء الخ

وقد استدل لاعتبار هذا الامر بوجوه (الاول) مافي المتن وتبعه غيره وهو ان شرط مالاغرض للعقلاء فيه ولا يزيد به المالية لايعد حقا للمشروط له على المشروط عليه حتى يتضرر بتعذره وبعبارة اخرى ان الحق من الاعتبارات العقلائية كالملكية واعتبار استحقاق مالاغرض عقلائي فيه من العقلاء خلف وحيث لا حق عند العقلاء فلا موقع لوجوب الوفاء كما لا موقع للخيار عند تخلفه (وفيه) ان كون شيء حقا لشخص آخر لايتوقف على الغرض العقلائي بعد عموم دليل الشرط له - وبعبارة اخرى - ان مدرك نفوذ الشرط وثبوت الخيار عند تخلفه ان كان هو بناء العقلاء بضميمة عدم ردع الشارع عنه - او كان حديث (٢) لاضرر تم ماذكر والا فلا يتم اذ عموم (٣) المسلمون عند شروطهم يشمل كل شرط جعله العاقل على نفسه ولا مخصص لعمومه وعدم التضرر بتعذره لايمنع من ذلك كما ان عدم كونه مورد الاعتبار العقلاء لعدم كونه حقا لا يصلح للمانعية مع ان عدم اعتبارهم ممنوع (ثانيها) مافي حاشية المحقق الاصفهاني ره وهو انصراف دليل الشرط عما لاغرض عقلائي فيه (وفيه) الانصراف المقيد للاطلاق هو ما اوجب عدم صدق الموضوع بنظر العرف - وفي المقام يصدق الشرط على ذلك بلا كلام (ثالثها) ان مقداراً من الثمن يقع بازاء الشرط فمع عدم كونه متعلقا لغرض عقلائي يكون

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار

(٢) الوسائل باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ٣-٤-٥

(٣) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار

بذل المال بازائه من قبيل الاكل بالباطل فلايجوز (وفيه) ان الثمن لايقع شيء منه بازاء الشرط (رابعها) ما في المتن ايضاوهوان الشارع لايعتنى بمالاغرض عقلائى فيه ليوجب الوفاء به (وفيه) ان الشارع الاقدس بمانه رئيس العقلاء لايوجب الوفاء ابتداءاً بما ليس فيه غرض عقلائى - الا انه لوالتزم العاقل على نفسه العمل به لامانع من امضائه له وايجابه الوفاء به كما هو مقتضى اطلاق الدليل - فالاظهرعدم اعتبار هذا القيد .

قوله قده ولوشك في تعلق غرض صحيح به حمل عليه الخ ان كان الشاك غير الشارط يبنى على الصحة حملا لفعل المسلم عليه - وان كان هو الشارط يحمل على الصحيح لعموم (١) المسلمون عند شروطهم - فانه وان كان المورد من موارد الشبهة المصداقية الا ان المخصص على فرض وجوده بما انه غير لفظى لايمنع عن التمسك بالعموم فيه فتدبر .

قوله قده ومن ان الاسلام يعلو ولايعلى عليه (٢) الخ اشتراط كفر العبد ليس اعلاء بل ربما يكون الغرض من اشتراطه امرا دينيا كعدم استخدام المسلم لشرافة اسلامه .

اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب

قوله قده الرابع ان لايكون مخالفا للكتاب والسنة الخ اعتبار هذا الشرط مما اتفق عليه النص والفتوى والنصوص (٣) الدالة عليه مستفيضة اومتواترة

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار وباب ٢١ من ابواب موانع الارث وباب ٢٠ و ٤٠ من ابواب المهور وباب ٤ من ابواب كتاب المكاتبة وغير تلكم من الابواب

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب موانع الارث حديث ١١ -

(٣) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار وباب ١٣ - و ١٨ من ابواب مقدمات الطلاق - وباب ٢٢ من ابواب موانع الارث - وباب ٢٠ و ٢٩ - و ٣٨ من ابواب المهور وباب ١٥ من ابواب بيع الحيوان الى غير تلكم من الابواب المتفرقة في الكتب - وفي كثير منها دلالة على لزوم الشرط .

- وقد نقلها المصنف ره في المتن وتحقيق القول في المقام انما هو بالتكلم في جهات.

الاولى ان الموجود في اغلب النصوص مخالفة الكتاب - وفي بعضها مخالفة السنة وفي المرسل المروي عن الغنية الجمع بينهما والمراد من السنة معلوم انما الكلام في المراد من الكتاب فقد ذهب المصنف ره وتبعه جمع الى ان المراد به ماكتبه الله تعالى على عباده وان بينه بلسان نبيه (ص) وبعبارة اخرى ان المراد كتابه التشريعي في مقابل كتابه التكويني (واورد عليه) المحقق الايرواني ره بانه ان اراد بالظهور الظهور الابتدائي فهو ممنوع - وان اراد به الظهور الثانوي بقرينة عد اشتراط ولاء المملوك لغير المعتق مخالفا للكتاب مع انه لا آية في الكتاب تدل على ذلك ففيه ان الامام (ع) لعله عرف موقع استفادة ذلك من كلام الله فانه الخبير بمواقع استفادة الاحكام من القرآن (وفيه) ان مراده بحسب الظاهر هو الثاني ويرد على ما افاده ان الخبر متضمن للتوبيخ على انه مع كون الشرط مخالفا للكتاب كيف اشترطوها - ومن الواضح ان ما لا طريق لعامة الناس اليه لا يمكن ان يجعل ميزانا لشروطهم و يوبخهم على ما خالفه - وعلى هذا فيكون المراد بالكتاب هو الكتاب التشريعي لا القرآن (ويمكن) ان يقال ان المراد به هو القرآن ولكن ما خالف السنة يكون مخالفا له بتقريب انه في القرآن امر باتباع النبي (ص) والمعصومين (ع) فاذا عينوا وظيفة مخالفتها تكون مخالفة للكتاب.

الثانية ان المستفاد من النصوص نفوذ كل شرط لم يخالف كتاب الله (وقد يتوهم) ان جملة منها تدل على اشتراط موافقة الكتاب في صحة الشرط وان ما ليس فيه او لا يوافقه فهو باطل - وهي على ما صرح به المصنف ره النبوي (١) من شرط لامرأته شرطا سوى كتاب الله عزوجل لم يجز ذلك عليه ولاله وصحيح (٢) ابن سنان - عن الصادق (ع) والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله - وعليه وقع الكلام

---

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١

(٢) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار حديث ١

فى ان المدار على المخالفة وعدمها اوعلى الموافقة وعدمها نظرا الى امكان الواسطة بين المخالفة والموافقة.

اقول يمكن منع دلالة الخبرين على اختصاص النفوذ بالموافق (اما النبوى) فلان الظاهر من لفظ سوى كون الحكم فى الكتاب وكون الشرط سوى ذلك وهذا عين المخالفة (اما الصحيح) فلان الظاهر من الصحيح كون هذه الجملة منه مسوقة لبيان ابطال الشرط المخالف الذى تضمنه صدر الحديث (مع) انه على فرض دلالتهما على ذلك يمكن منع الواسطة من جهة عدم اختصاص الموافقة بالموافقة لخصوص الكتاب بل تعم الموافقة لعام من عموماته وليس مورد لايكون المشترط مخالفا الا وهو موافق له كمانبه عليه المصنف ره (وعليه) فالمرادبالموافق نفس الموافق لاغير المخالف على ماافاده.

الثالثة ـ فى ان المتصف بالمخالفة هل هو الشرط نفسه وهو الالتزام اوالمشروط وهو الملتزم به ـ وبعبارة اخرى ان المراد بالشرط هل هوالشرط بالمعنى المصدرى- اوالشرط بالمعنى المفعولى ـ والمصنف ره اختار ان المراد هو الجامع بينهما.

والحق ان المراد به خصوص الالتزام وذلك لوجوه (احدها) ظهور الشرط فى نفسه فى ذلك (ثانيها) ان المخالفة انما تكون بين المتجانسين ولامناسبة بين الحكم الشرعى والملتزم به فلايتصف الملتزم به بكونه مخالفا للحكم وان اتصف بكونه مخالفة له بخلاف الالزام والالتزام فان تلكمامن سنخ الاحكام ويمكن فرض المخالفة بينهما وبين الحكم (ثالثها) ان فى بعض النصوص(١) اسندالوفاء الى الشرط ومعلوم انه يستند الى نفس الالتزام ولايستند الى الملتزم به ولايقال ف بخياطة الثوب بخلاف ف بالالتزام به (رابعها) ان فى بعض (٢) النصوص حمل عنوان الباطل على الشرط وبديهى ان الفعل لايتصف به لايقال ان خياطة الثوب باطلة بخلاف الالتزام- (خامسها) انه فى النبوى اسند الجواز الى الشرط ـ والمراد به بقرينة تعديه بعلى

(١-٢) الوسائل باب٦- من ابواب الخيار-حديث ٥-٣-

مضافا الى ظهوره فى نفسه هو الجواز الوضعى اذ الجواز التكليفى لا يتعدى بعلى ولا يقال ان شرب الماء مباح لفلان على فلان ولو كان الحكم ضررا عليه - بخلاف الجواز الوضعى والنفوذ ومعلوم انه لامعنى لكون الملتزم به جائزا بهذا المعنى بخلاف الالتزام (سادسها) النصوص المتضمنة (٣) لاستثناء الشرط المحرم والمحلل فان المحرمية والمحللية وصفان للالتزام دون الملتزم به فان فعل الحرام ليس محللا للحرام بل هو فعل الحرام بخلاف التزام الشارط بفعله فانه تحليل له - وهناك قرائن اخر - (وبالجملة) ظهور النصوص بملاحظة القرائن المشار اليها فى ان المراد بالشرط هو الالتزام مما لاينبغى انكاره .

فالمتحصل من هذه النصوص ان الالتزام اذا كان مخالفا للكتاب كالالتزام بحرمة ماحلله الشارع اوحلية ماحرمه اوثبوت الولاء لمن جعل الله تعالى الولاء لغيره اوكون الاجنبى وارثا اونحو ذلك لايكون نافذا واما اذا لم يكن الالتزام مخالفا له وكان الملتزم به مخالفا فهو غير مشمول لهذه النصوص - نعم - اذا كان الملتزم به فعل الحرام او ترك الواجب يمكن ان يقال ان الشارع الاقدس امر بالامر بالمعروف والنهى عن المنكر والنهى عن الامر بالمنكر والنهى عن المعروف وعليه فالالزام بما حرمه وبترك مااوجبه بنفسه مخالف للكتاب وهذا بخلاف الالزام بفعل المباح اوتركه (لايقال) انه فى خبر العياشى (١) عد من الشرط المخالف للكتاب شرط ترك التزوج والتسرى مستشهدا له بما دل من الكتاب على اباحتهما (فانه يقال) انه لابد من حمل الخبر على ان مورده شرط عدم ثبوت سلطنة الزوج على التزوج والتسرى وهذا خلاف الكتاب المثبت للسلطنة فى المقامين .

الرابعة - فى بيان المراد من الحكم الذى يعتبر عدم مخالفة الشرع معه - والمصنف ره لما التزم بشمول الشرط للملتزم به كغيره اشكل عليه الامر فى شرط فعل

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار حديث ٥

(١) الوسائل باب ٢٠ - من ابواب المهور حديث ٦

المباح الذى لااشكال فى نفوذه مع انه مخالف للكتاب بهذا المعنى - وقد الجأ الى تقسيم الحكم الى قسمين (احدهما) مايثبت للشىء مع قطع النظر عن عروض عنوان آخر لذلك الموضوع مثال ذلك المباحات والمستحبات والمكروهات حيث ان تجويز الفعل والترك انما هو من حيث ذات الفعل فلاينا فى طرو عنوان كالشرط يوجب المنع عن الترك اوالفعل (ثانيهما) مايثبت له لامع تجرده عن ملاحظة العنوانات الطارئة كاغلب الواجبات و المحرمات ثم افاد انه اذاورد الشرط على ماكان من قبيل الاول لم يكن الالتزام بذلك مخالفا للكتاب و اذا ورد على ماكان من قبيل الثانى كان مخالفا للكتاب - وهذا هوالفارق بين شرط فعل الحرام اوترك الواجب وبين شرط فعل المباح اوتركه .

اقول ان ماافاده ره ثبوتا امر ممكن ولكن فى مقام الاثبات لادليل عليه بل الدليل على خلافه فان لسان دليل الحرام متحد مع لسان دليل المباح والمكروه فان كان للاول اطلاق كان للثانى ايضا و الا فلا (ولكن) على ما حققناه تنحل هذه العويصة بلاحاجة الى هذه التكلفات (توضيحه) ان المشروط اما ان يكون من الاحكام الخمسة اومن الاعتبارات اومن الاعمال فعلا اوتركا - وان كان من الاحكام التكليفية كاشتراط وجوب شىء اوحرمته - اواباحته وهو غير متصف بذلك كان هذا شرطا مخالفا للكتاب والسنة وغير نافذ - وان كان من الاعتباريات - فتارة يكون ذلك مجعولا للشارع ابتداء من دون تسبيب من المكلف اليه ككون شخص وارثا - اوثابتا له الولاء - واخرى يكون تسبيبا - فان لم يكن تسبيبيا كان شرطه من دون ان يكون مجعولا شرعا كاوارثية الاجنبى وثبوت الولاء لغير المعتق وسلطنة المرئة على الطلاق ونحو تلكم مخالفا للكتاب - وان كان تسبيبيا - فان كان الشرط هو اعتبار الشارع لم يكن نافذا الا انه خارج عن تحت القدرة - وان كان هو ذلك الامر فى اعتبار الملتزم فان كان الشارع جعل له سببا خاصا كما فى الطلاق كان شرطه لاعن سببه مخالفا للكتاب - والافلا - وان كان من الاعمال فان كان ذلك فعل حرام اوترك واجب كان مخالفا للكتاب وهو مادل على لزوم الامر بالمعروف والنهى عن المنكر

والنهى عن الامر بالمنكر والنهى عن المعروف (مع) انه شرط غير سائغ الذى مر عدم نفوذه - وان كان فعل المباح او المكروه - او ترك المستحب او المباح كان نافذا ولم يكن مخالفا للكتاب .

قوله قده ولكن ظاهر مورد بعض الاخبار المتقدمة من قبيل الاول الخ

نظره الشريف الى مارواه (١) محمد بن قيس عن ابى جعفر عليه السلام فى رجل تزوج امرأة وشرط لها ان هو تزوج عليها امرأة أوهجرها او اتخذ عليها سرية فهى طالق فقضى فى ذلك ان شرط الله قبل شرطكم فان شاء وفى لها بما اشترط وان شاء امسكها واتخذ عليها ونكح عليها - وما رواه (٢) محمد بن مسلم عنه عليه السلام وهو بمضمون الاول الا ان فى ذيله استدل الامام عليه السلام بآيات ثلث مبيحة للتزوج والتسرى و الهجران ان اتت بسبب ذلك و قريب منهما غيرهما(٣) و هذا الايراد كما يرد على ما اختاره المصنف ره يرد على المختار و هو ان شرط فعل المباح ليس مخالفا للكتاب - وفى المقام يشكل الامر من ناحية اخرى ايضاً وهى انه فى هذا المورد يدل خبر (٤) منصور بزرج عن عبدصالح عليه السلام فيمن يتزوج ويجعل لله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها - قل له فليف للمرأة بشرطها فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال المؤمنون عند شروطهم على الجواز - فمورد الكلام امران - احدهما - فى وجه امتياز هذا المباح عن ساير المباحات - ثانيهما - فى الجمع بين الاخبار المتعارضة - والمصنف ره (حمل) الاخبار المانعة على ان هذه الافعال مما لا يجوز تعلق وقوع الطلاق عليه وانها لا توجب الطلاق كما فعله الشارط فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرئة (وفيه) ان خبر محمد بن مسلم من جهة مافيه من التمسك بالايات الثلاث المرخصة للامور المذكورة كالصريح فى ان الشرط هو ترك التزوج والتسرى والهجر - والظاهر - انه الى هذا

---

(١) الوسائل باب ٣٨- من ابواب المهور كتاب النكاح حديث ١ - وبمضمونه خبر ابن سنان فى ذلك الباب .

(٢-٣-٤) الوسائل- باب ٢٠- من ابواب المهور حديث ٦-٤-٢

نظر المصنف ره في امره بالتأمل (وربما يقال) انه يحمل الاخبار المانعة على كون الاباحة في هذه الامور لاتقبل التغير بالشرط ولكن (يرد عليه) مضافا الى استشهاد الامام عليه السلام لبطلان الشرط باباحة تلكم في القرآن و هو في معنى اعطاء الضابطة لبطلان الشرط - انه يجدى في امتياز هذا المباح عن ساير المباحات لافي الجمع بين الاخبار المتعارضة - (والحق) ان يقال ان الاخبار المانعة محمولة على ما لو كان الشرط عدم السلطنة على التزوج والتسرى والهجر - والخبر الدال على الجواز محمول على اشتراط ترك الزواج خارجا وان قيل ان هذا تبرعى لاشاهد له يتعين ان يلتزم بالتخصيص وان شرط المباح نافذ الافي هذا المورد ويطرح خبر الجواز لاشهرية معارضه .

قوله قده ثم انه لااشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعى الى القسمين المذكورين الخ - قد عرفت ضابط المخالفة وعدمها وبما ذكرناه ينحل هذا الاشكال في الفروع الاتية كما سيمر عليك .

قوله قده ومنها كون من احد ابويه حرا رقا الخ مقتضى ما ذكرناه من الضابط بطلان اشتراط رقية الحر فانها من الاعتبارات المجعولة شرعا ابتداء (الا انه) وردت روايات (١) دالة على جواز اشتراطها وبازائها مايدل (٢) على عدم الجواز فان قدمنا الطائفة الثانية لاكلام و اما ان قدمنا المجوزة فبدلالة الاقتضاء يستكشف ان الرقية ولوفي هذا المورد من الاعتبارات الشرعية التسبيبية التي يتسبب اليها بالشرط

قوله قده ومنها ارث المتمتع بها الخ مقتضى ما ذكرناه بطلان اشتراط وارثيتها - وصحة اشتراط اعطاء مقدار من المال بعد وفاته لها فانه يدخل في الوصية ولعله بذلك يجمع بين النصوص المتعارضة الدال بعضها (٣) على انها ترث مع الاشتراط والدال (٤) آخر على انها لا ترث وان اشترط - وعلى التقديرين لاوجه للفرق بين افراد

---

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب كتاب العتق وباب ١٠ من ابواب كتاب المكاتبة ،

(٢) الوسائل - باب ٧٥ من ابواب كتاب العتق .

(٣ - ٤) الوسائل باب ٣٢ - من ابواب المتعة - وباب ١٧ - من ابواب ميراث الازواج .

غير الوارث وافراد العقود .

قوله قده ومنها انهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان فى العارية واشتهر عدم جوازه الخ مقتضى القاعدة التى اسلفناها ـ بطلان اشتراط الضمان مطلقا ـ ولكن وردت الروايات الخاصة (١) الدالة على الضمان مع الاشتراط وبها يخصص مادل (٢) على عدم الضمان فى العارية .

قوله قده و منها اشتراط ان لا يخرج بالزوجة الخ اذا اشترط عدم كون اختيار المكان بيد الزوج كان الشرط مخالفا للكتاب و اذا اشترط ان لايخرج بالزوجة من بلد اختارته صح الشرط ولم يكن مخالفا له .

قوله قده فان لم يحصل له بنى على اصالة عدم المخالفة الخ قد عرفت انه بناء أعلى ماذكرناه لايبقى مورد للشك اذ لو كان الحكم على خلاف الشرط ثابتا ولو بحكم الاطلاق كان مخالفا له والافلا ولو شك فى وجوده الاصل عدمه .

ولكن المصنف ره لما قسم الحكم الى قسمين قسم قابل للتغير وقسم غير قابل له اشكل عليه الامر فى بعض الموارد. وكيف كان فقد ذهب المصنف ره الى ان مقتضى الاصل فى الموارد المشكوك فيها اجراء حكم الشرط الصحيح ـ وذكر فى وجهه ما (حاصله) ان موضوع ادلة النفوذ امران ـ احدهما الاشتراط وهو محرز بالوجدان ـ ثانيهما ـ عدم المخالفة وهو يحرز بالاصل وهو اصالة عدم كون الحكم مجعولا بنحو لايقبل التغير بالاشتراط ونحوه (وفيه) ان ترتب عدم المخالفة على عدم كون الحكم بنحو لايقبل التغير ليس شرعيا بل هو عقلى فلا يثبت ذلك باجراء الاصل فيه مع ان هذا العنوان اى كون الحكم غير قابل للتغير لم يؤخذ موضوعا لحكم من الاحكام فلا يكون جاريا فى نفسه .

وربما يقال فى تقريب هذا الاصل وجهان آخران (احدهما) انه لاريب فى كون الاحكام تدريجية بحسب البيان فقبل بيان الحكم الذى يحتمل كونه مخالفا للشرط لم

(١-٢) الوسائل باب ١ ـ من ابواب كتاب العارية .

يكن هذا الشرط مخالفا للكتاب وبعد بيانه يشك في ذلك فيجري استصحاب العدم النعتي (وفيه) انه ان اريد اجراء الاصل في الشرط المتحقق في ذلك الزمان فهو لاينفع بالنسبة الى هذا الشرط - وان اريد اجرائه في هذا الشرط كان استصحابا تعليقيا (ثانيهما) استصحاب عدم المخالفة الازلي ولا بأس به بناء على المختار من جريانه.

قوله قده ثم ان بعض مشايخنا المعاصرين بعدما خص الشرط المخالف للكتاب الخ هو الفاضل النراقي في عوائده وما افاده ره مركب من امرين مترتبين (احدهما) ان الشرط المخالف للكتاب منحصر بما اذا كان المشروط حكماً مخالفاً لما ثبت في الكتاب ككون امر الطلاق بيد المرئة و الولاء لغير المعتق ونحو ذلك - وهذا ينطبق على ما ذكرناه و اخترناه (ثانيهما) انه بناء على الاختصاص المذكور يقع التعارض بين الدليل المثبت للحرمة او الوجوب ودليل نفوذ الشرط فلابد من اعمال قواعد التعارض ولكن قد مر ان شرط فعل الحرام او ترك الواجب يوول الى الشرط المخالف للكتاب بالتقريب الذى قدمناه بلا وصول النوبة الى اعمال قواعد التعارض.

قوله قده مع ان اللازم على ذلك الحكم بعدم لزوم الشرط بل عدم صحته الخ مراده انه يلزم من ماذكره اعمال قواعد التعارض والرجوع الى الاصل حتى في صورة اشتراط ترك المباح ولايلتزم بذلك احد (وفيه) ان الدليل المثبت للحكم غير الالزامي للشيء بعنوانه الاولي لايصلح للمعارضة مع مايثبت الحكم الالزامي له بالعنوان الثانوي لان اللااقتضاء لايعارض ماله الاقتضاء فينحصر التعارض لوسلم بما لواشترط ترك الواجب اوفعل الحرام.

قوله قده ثم انه يشكل الامر في استثناء الشرط المحرم للحلال الخ

محصله ان شرط المباح و الحلال نافذ بلاكلام فما معنى عدم نفوذ الشرط المحرم للحلال - واما مادل على (١) عدم نفوذ شرط التسري ونحوه - فنفس ذلك الدليل

(١) الوسائل باب ٣٨ من ابواب المهور كتاب النكاح

يكفى لعدم نفوذ الشرط فى ذلك المورد بلا حاجة الى هذا الضابط فهذا لا يترتب عليه فائدة فى مورد اصلا .

قوله قده و ربما قيل فى توجيه الرواية (١) و توضيح معناها الخ

القائل هو المحقق النراقى ره ـ وملخص القول فى المقام انه قيل فى تفسير تحريم الحلال وجوه .

الاول ـ ماعن المحقق المذكور ـ وحاصله ـ ان فاعل حرم واحل فى قوله (ص) الاشرطا حرم حلالا او احل حراما هو الشرط وهذا لا يتحقق الا بكون الملتزم به حرمة الحلال او حلية الحرام واما اشتراط ترك الحلال فهو شرط ترك التصرف دون حرمة الحلال ـ واورد عليه المصنف ره بايرادين (احدهما) ان الحكم الشرعى امره بيد الشارع وغير مقدور للمكلف ولا يدخل تحت الجعل ولا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به لعدم امكان الوفاء به عقلا (وفيه اولا) ان شرط النتيجة لا يعتبر فيه الا كونها واقعة بسبب الشرط ولولا الاستثناء لكنا ملتزمين بان شرط حرمة الحلال نافذ وكنا نستفيد كونها مما يقع بالسبب من عموم دليل نفوذ الشرط الشامل له (و ثانيا) ان بطلان هذا الشرط من جهة اخرى غير هذه الجهة لا يكون مضرا (و ثالثا) ان الشرط المحرم للحلال لا ينحصر بشرط حرمة مايكون حلالا تكليفا بل يشمل ما لو اشترط حرمة ما هو حلال وضعا كعدم كون الطلاق بيد الزوج ونحو ذلك من الاعتباريات ومن المعلوم ان المشروط هو ذلك الامر فى اعتبار نفسه ولولا هذا الاستثناء وما دل على ان الشرط المخالف للكتاب لا يكون نافذا لكنا ملتزمين بنفوذه (ثانيهما) ان استثناء الشرط المحرم انما يكون من الشرط الذى يجب الوفاء به وليست الحرمة والحلية من افعال المكلف كى يجب الوفاء بهما (وفيه) ان الوفاء لا يختص بشرط الفعل فانه بمعنى الانهاء و عدم النقض وهذا يتصور فى شرط النتيجة ايضاً وسياتى زيادة توضيح لذلك انشاء الله تعالى ـ (فتحصل) ان ما افاده المحقق النراقى حق لاريب فيه

الثانى ماعن المحقق القمى ره وقد جعله المصنف ره قريبا من ما افاده المحقق

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار حديث ٥

النراقي مع ان بينهما بونا بعيدا (ومحصل) ما افاده المحقق القمي ره ان معنى تحريم الحلال جعل المباح حراما وهو انما يكون فيما لو اشترط ترك المباح رأسا و بالمرة واما لو اشترط تركه في الجملة فهو ليس من تحريم الحلال و بعبارة اخرى ان تحريم الحلال انما هو بتأسيس القاعدة و اشتراط ترك ما حلله الشارع وهو الكلي دون الجزئيات فان الاحكام الشرعية متعلقة بالطبايع دون الجزئيات فاشتراط ترك المباح رأسا تحريم للحلال واما اشتراط ترك بعض الافراد الذي لايكون الحلية مجعولة له فليس من تحريم الحلال .

و فيه ـ اولا ان الحكم و ان كان مجعولا على الكلي الا انه من جهة كونه مرآتا للافراد وفعلية الحكم انما تكون بفعلية موضوعه وتحققه خارجا فالفرد الخارجي محكوم بالحلية الفعلية ولامحالة يكون تحريمه تحريما للحلال وبعبارة اخرى لافرق بين الكلي والجزئي من هذه الجهة ـ وثانيا ـ ان ما افاده يجري في تحليل الحرام ايضا وهو لم يلتزم بذلك فيه .

الثالث ـ ما افاده المصنف ره وهو ان المراد بالتحليل الترخيص وبالتحريم المنع ـ و لكن المراد بالحلال و الحرام هو ما كان كك بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط وقد تقدم توجيه التفصيل بين الاحكام ومايرد عليه فراجع .

قوله قده وفيما لو اشترطت عليه ان لاتتزوج اولاتتسرى بفلانه خاصة اشكال الخ لا ينبغي الاشكال في صحته على مسلك المحقق القمي ره فانه ليس تحريما لما هو محكوم بالحلية ومجعول له ذلك .

الشرط المنافي لمقتضى العقد

قوله قده الشرط الخامس ان لايكون منافيا لمقتضى العقد والالم يصح الخ

ملخص القول في المقام ان شرط الفعل خارج عن الشرط المنافي لمقتضى العقد و هو واضح واما شرط النتيجة فتارة يشترط خلاف مضمون العقد او ما يتقوم به ـ كان يبيع بشرط ان لا يملك او بلا ثمن و اخرى يشترط خلاف ما هو من لوازم

مقتضى العقد .

اما الاول- فان كان المنافي مقصودافي عرض قصد العقد فحيث ان قصد المتنافيين من العاقل الملتفت محال فلا يعقل القصد الى البيع مثلا والشرط معا - نعم- ان لم يكن قاصدا جدا للشرط بل كان هازلا به بطل الشرط خاصة - و ان قصد الشرط بعد ما قصد العقد بان قصد البيع حقيقة ثم بداله ان يعقبه بعدم الثمن مثلا - فان لم يرفع اليد عما قصده اولاكان قصدالشرط محالا فيختص هو بالبطلان .

و اما الثاني - فان كان اللازم حكما غيرقابل للزوال والانفكاك كاللزوم الحكمي الثابت في بعض العقود كان الشرط باطلا لكونه خلاف الكتاب والسنة - وان كان حقا قابلا لذلك فان لم يكن مما يعتبرفيه لفظ خاص كشرط الخيارفي البيع صح البيع والشرط - والااى كان ممايعتبر فيه لفظ خاص بطل الشرط وهو واضح - هذا هو حق القول في المقام.

وقدذكر المصنف ره وجهين لاعتبار هذا الشرط(احدهما)انه بعد وقوع التنافى بين مايقتضيه العقد ومايقتضيه الشرط يستحيل الوفاء بالعقد المقيد بهذا الشرط - فاما ان يحكم بتساقطهما او يقدم جانب العقد لان العقد مقصود بالذات والشرط تابع فكانه مرجح لجانب العقد (وفيه اولا) انه لوتم لاختص بالقسم الاول - كما ان الوجه الثاني في كلامه مختص بالقسم الثاني فهما لايتواردان على مورد واحد(وثانيا) انه لايتم من جهة ما عرفت من عدم معقولية القصد الجدى بالنسبة اليهما فلا تصل النوبة الى استحالة الوفاء - هذا اذاقصدهما في عرض واحد والاوجب الوفاء بالعقد دون الشرط كما تقدم (ثانيهما) ان الشرط المنافى مخالف للكتاب والسنة الدالين على ذلك اللازم (وفيه) مضافا الى ماتقدم انه يتم في بعض اللوازم دون جميعها(مع) ان الكلام انما هو في اعتبار شرط غيرماتقدم فلايصح الاستدلال له به .

وقد يقرب الدليل العقلي المتقدم بتقريب آخر- وهو ماعن المحقق النراقي ره وهو ان الشرط المنافى مستلزم لفساد العقد وعدم ترتب مقتضاه و هو يستلزم فساد الشرط لكونه واقعا في ضمن عقد غير صحيح (وفيه) ماتقدم من عدم معقولية هذا

الشرط والعقد فلاتصل النوبة الى التكلم فى الصحة والفساد - ومما ذكرناه ظهر انه لايبقى الاشكال فى تشخيص الصغريات بحسب الادلة - اذ المقوم حاله معلوم - واللازم قدتقدم حاله فى الشرط السابق ولكن تبعا للمصنف ره نتعرض للموارد التى توهم كونها من موارد الشبهة .

قوله قده لكون الاثر كالمقوم العرفى للمبيع اوغرضا اصليا الخ التصرف فى الجملة فى المبيع من لوازم الملكية لامن مقوماتها بل ربما يتخلف عنها كما فى المحجور عليه وكونه غرضا اصليا لايوجب البطلان وعليه فان شرط عدم جواز التصرف بطل لكونه مخالفا للكتاب وان اشترط عدم التصرف خارجا صح العقد و الشرط .

قوله قده وهذا لو تم لم يجر فى الوقف الخ وجه عدم تماميته ان بناء العتق على التغليب لايصحح الباطل .

قوله قده ومنها اشتراط عدم البيع الخ المشهور بين الاصحاب وان كان عدم جواز هذا الشرط الاانه لعدم كونه اجماعيا لوجود المخالف - وعدم كونه تعبديا لو كان اجماعيا لاستناد المجمعين الى ماسيمر عليك لايكون ذلك مدركا - وقداستدل للبطلان (بكونه) خلاف مقتضى العقد فانه يقتضى السلطنة على المبيع بالتصرف فيه بالبيع وشبهه فاشتراط عدم البيع مناف لذلك (وفيه) ان هذا يتم لواشترط عدم السلطنة على البيع ولعله مورد نظر المشهور والوجه فيه ح كونه مخالفا للكتاب واما لواشترط عدم البيع خارجا فلامحذور فيه .

قوله قده ومنها ماذكره فى الدروس فى بيع الحيوان من جواز الشركة فيه الخ تقريب كون هذا الشرط مخالفا لمقتضى العقد ان مقتضى الشركة كون العين لهما والثمن تابع للعين بمعنى ان من له العين ينتقل تمام الثمن اليه بمقتضى المعاوضة والبيع المقتضى لدخول العوض فى كيس من خرج المعوض عن ملكه - كما ان من له النصف ينتقل نصف الثمن اليه فاشتراط ان يكون له اقل من النصف الذى هو معنى كون الربح لهما وعدم الخسران عليه مناف لمقتضى العقد (اقول) ان قلنا بانه لايعتبر فى

البيع دخول العوض فى كيس من خرج عن كيسه المعوض لااشكال فى هذا الشرط من هذه الجهة فانه لامانع من خروج العين عن كيس احد الشريكين ودخول مقدار من الثمن فى كيس صاحبه - وان بنينا على انه يعتبر فى البيع ذلك - فيمكن تصحيح الشرط بوجهين (احدهما) ارجاع هذا الشرط الى ان يتدارك احدهما خسارة صاحبه من نفس العين اومن مال آخر بنحو شرط الفعل اوشرط النتيجة (نعم) بناء على بطلان الشرط الغررى يبطل هذا الشرط للغرر (ثانيهما) ارجاعه الى اشتراط ان لايبيع حصة شريكه باقل من ثمنه - فاذا فرضنا الخسران فى معاملة بمقدار ربع الثمن كما لوكان المال المشترى قيمته ثلثون دينارا فبيع بعشرين فمرجع الشرط المذكور الى بيع حصة احدهما بخمسة عشر وحصة الاخر بخمسة وهذا ايضا لامحذور فيه من هذه الجهة ولايكون منافيا لمقتضى العقد.

قوله قده ومنها مااشتهر بينهم من جواز اشتراط الضمان الخ الكلام فى شرط الضمان يقع فى جهتين (الاولى) فى انه هل يكون منافيا لمقتضى عقد الاجارة املا (الثانية) فى كونه خلاف الكتاب والسنة وعدمه (اما) الجهة الاولى فالحق انه لايكون منافيا له فان عقد الاجارة تمليك للمنفعة بعوض واجنبى عن العين ويكون لااقتضاء بالنسبة اليها (واما) الجهة الثانية - فملخص القول فيها وان تقدم ان العين المستاجرة فى يد المستاجر امانة لايكون ضامنا لها اما لما دل على ان صاحب البضاعة مؤتمن والمستعير مؤتمن مع انه ليس فيهما الاالاستيلاء على المال(١) باذن المالك الموجود فى الاجارة - اولانصراف حديث(٢) اليد عن ذلك اولغير ذلك (وعليه) فان اشترط الضمان يكون مخالفا لهذا الحكم الشرعى (نعم) ان اراد بالشرط تمليك مايعادل قيمة المال من غيران يراد الضمان - اوملكية ذلك بنحو شرط النتيجة لم يكن فيه محذور ويكون نافذا (وبماذكرناه) ظهران مااستدل به على البطلان من كونه خلاف مقتضى العقد وما اورد عليه بان العقد يقتضى عدم الضمان لولا الشرط فى غير محلهما.

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب العارية

(٢) سنن بيهقى ج٦ ص٩٠ - وكنز العمال ج٥ ص٢٥٧

قوله قده ومنها اشتراط عدم اخراج الزوجة الخ وقد استدل لكونه مخالفا لمقتضى العقد بان عقد الزواج يقتضي سلطنة الزوج على الاستمتاع والاسكان فاشتراط عدمه مخالف لذلك (ولكن يرد عليه) ان عقد الزواج يقتضي الزوجية فقط والسلطنة من احكامها فهو شرط غير مناف لمقتضى العقد واما من حيث منافاته للكتاب فقد تقدم فراجع .

قوله قده ومنها مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون الخ الكلام فيها من حيث كون هذا الشرط مخالفا للكتاب قد تقدم - واما من حيث كونه مخالفا لمقتضى العقد فقد استدل له فخر المحققين بما دل(١) على ان من حدود المتعة ان لا ترثها ولا ترثك قال فجعل نفي الارث من مقتضى الماهية (وفيه) ان مقتضى عقد المتعة تحقق الزوجية المنقطعة لا غير وهو لا يقتضي التوارث ولا عدمه ومعنى قوله من حدود المتعة الخ اي من احكامها المترتبة عليها .

قوله قده ولاجل صعوبة دفع ما ذكرناه من الاشكال في تمييز مقتضيات الخ بما حققناه قد عرفت انه لا صعوبة فيه وانه ليس مورد يشك في كون الشرط فيه منافيا لمقتضى العقد بالمعنى الاول - بل وبالمعنى الثاني - وانه لو شك في مورد في ذلك يرجع الى اصالة عدم المخالفة فراجع .

من الشروط ان لا يكون مجهولا

قوله قده الشرط السادس ان لا يكون الشرط مجهولا الخ تحقيق القول في المقام بالتكلم في جهات (الاولى) ان جهالة الشرط هل هي كجهالة احد العوضين الموجبة لبطلان البيع لصيرورته غرريا توجب بطلان الشرط من حيث هو ام لا (الثانية) ان جهالة الشرط المستلزمة لغررية الشرط هل توجب غررية البيع ام لا (الثالثة) انه اذا فسد البيع لغررية الشرط هل يبطل الشرط ايضا ام لا (الرابعة) انه هل هناك فرق بين شرط ما هو تابع وغيره ام لا.

---

(١) الوسائل باب ٣٢- من ابواب المتعة حديث ٨

اما الجهة الاولى فقد استدل لمبطليتها بوجوه (الاول) المرسل(١) نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر - واورد عليه (تارة) بضعف السند (واخرى) بان النهى اذا تعلق بالمعاملة نفسها يكون ارشادا الى الفساد - واما اذا تعلق بعنوان آخر شامل لها يكون ظاهرا فى الحرمة النفسية - وحرمة المعاملة لاتستلزم فسادها كما تقدم - والمقام من قبيل الثانى فان الغرر بمعنى الخدعة فالنهى عنه لايدل على ازيد من الحرمة - ولكن يمكن (دفع الاول) باستناد الاصحاب اليه فى ابواب المعاملات حتى الجعالة فانهم افتوا بمضرية الجهل المستلزم للغرر ولامدرك لهم سوى المرسل - واحتمال التعدى عن البيع - بعيد - (ودفع الثانى) بماتقدم فى الجزء الثالث عشر من هذا الشرح من ان الغرر ليس بمعنى الخديعة بل هو بمعنى الخطر فيكون المنهى عنه المعاملة المستلزمة للخطر فيكون ظاهرا فى الارشاد الى الفساد (والصحيح) ان يورد عليه بان دعوى انصراف الحديث الى المعاملة المستقلة قريبة - بل لايصدق الخطر والغرر على مثل الشرط الذى لم يجعل بازائه شىء ولايكون مقابلا بالمال (الثانى) التعدى من البيع الى كل ماهو غررى (وفيه) ان التعدى يتوقف على احراز عدم دخل الخصوصية - ولم يحرز (مع) انه على فرض التعدى يتعدى الى كل ماهو مبنى على المغابنة كالاجارة ولايتعدى الى الشرط - والاجماع عليه من جهة احتمال كون المدرك النبوى لايصلح دليلا للتعدى (الثالث) ان جهالة الشرط تستلزم غررية البيع وبطلانه فاذا بطل البيع بطل الشرط اذلاشرط موضوعا اوحكما الافى ضمن عقد صحيح - وسياتى الكلام فى ذلك فالاظهر عدم المبطلية .

واما الجهة الثانية فقد استدل لمبطلية جهالة الشرط للبيع فى المتن بان الشرط فى الحقيقة كالجزء من العوضين (اقول) ان اوصاف المبيع لابد وان تكون معلومة كما تقدم فى خيار الرؤية مفصلا فشرط وصف فى المبيع مع الجهل به موجب للبطلان

---

(١) التذكرة ج١ - ص٤٦٦ - وعن الشهيد نحوه - وسبقهما الشيخ فى الخلاف فانه استدل به فى غير موضع منه .

واما شرط الفعل اوالنتيجة سواءاكان الشرط متعلقا بالغرض المعاملي امالم يكن كك بل كان نسبةعقد البيع اليه نسبةالظرف الى المظروف فقط بان كان ايقاعه فى ضمن العقدلخروجه عن الابتدائية الى الضمنية. فجهالته لاتوجب غررية البيع فان الشرط التزام فى التزام وغيرمربوط بالبيع وبمايتقوم به ولاتوجب خطرا فيه بما هو بيع. وكونها كك بالاضافة الى الغرض العقدى لايوجب كون البيع الانشائى كك .

واما الجهة الثالثة فقد تقدم تنقيح القول فيها وعرفت انه لاشرط موضوعا الافى ضمن العقد .

واماالجهة الرابعة - فلاكلام فى ان الشرط مطلقا تابع للعقد فى مقام الاثبات والانشاء ولكن ربما يكون المشروط مستقلافى عالم الثبوت. وربما يكون تابعافى ذلك المقام بالتبعية الذاتية العرفيةكتبعية بيض الدجاجة لها والمفتاح للدار ونحو ذلك . والذى وقع محل الكلام انما هو القسم الاول واما الثانى فلااشكال فى ان الجهل به لايضر لان التابع يملك بتبع المتبوع وان لم يلتفت اليه فضلا عما التفت اليه وذكر مع عدم الاحاطة به .

قوله قده لان الشرط فى الحقيقة كالجزء الخ هذا التعليل يناسب الجهة الثانية من البحث دون الاولى التى ينبغى البحث عنها هنا اذ محل البحث مايعتبر فى نفوذ الشرط لامايعتبر فى العقد .

قوله قده الااذاعدالشرط فى العرف تابعا الخ اورد عليه السيد قده بان هذا مناف لما ذكره من انه يستلزم دائما مقدارامن الغرر مع ان الشرط فى الغالب يعد تابعا غيرمقصود بل هو كك دائما (ولكن) قدظهر مما ذكرناه فى الجهة الرابعة دفع هذا الايراد فان التبعيةالتى ارادها فى هذه العبارة هى التبعية بالمعنى الثانى وماذكره ره من ان الشرط تابع دائما انما هو التبعية بالمعنى الاول فلاحظ وتدبر .

يعتبر ان لا يكون الشرط مستلزما للمحال

قوله قده الشرط السابع ان لايكون مستلزما لمحال كمالوشرط فى البيع ان يبيعه على البايع الخ اقول الكلام فى هذه المسألة يقع فى جهتين (الاولى) فى اصل الحكم بلحاظ النص والفتوى (الثانية) فى تطبيق الفساد على القواعد .

اما الجهة الاولى فسياتى الكلام فيها فى حكم الشرط الفاسد و فى النقد والنسيئة .

واماالجهة الثانية ـ فقد استدل للبطلان المنسوب الى المشهوربوجهين .

الاول ـ ماعن العلامة ره من لزوم الدور وتقريبه من وجهين (احدهما) ان بيعه لهيتوقف علىملكيته ـ وملكيته تتوقف على حصول الشرط وهو بيعه له فيلزم الدور ولاينتقض باشتراط بيعهمن غيره فانهفى نفسه معقول ولايكون الشرطمتوقفا على الملك لجوازان يكون جاريا علىحد التوكيل والفضولى (وفيه) ان هذاالوجه يتمعلى احد المسلكين وهما كون الشرط من قبيل الشرط المصطلح عند اهله وهو ما يلزم من عدمه العدم وبعبارة اخرى ما هو من اجزاء العلة ـ و توقف الملك على انقضاء زمان الخيارمن غير فرق بين المتصل منه و المنفصل ـ اذ على الاول يكون حصول البيع الاول متوقفا على البيع الثانى وتوقف الثانى على الاول واضح ـ وعلى الثانى مالميتحقق الشرط ولميصير البيع لازما لايحصل الملك وما لميحصل الملك لايصح البيع الثانى فانه من قبيل البيع للمالك والمبنيان فاسدان (اماالاول) فلان الشرط فى المقام غيرالشرط المصطلح بل هوالتزام فى ضمن التزام ولايكون البيع معلقا على الشرط بل لزومه متوقف عليه (واما الثانى) فلان الملك يحصل بتمامية البيع و لزومه يتوقف على انقضاء زمان الخيار. وعلى هذا فالبيع الاول والملكية الحاصلة منه لايتوقفان على البيع الثانى فلادور(ثانيهما) ان الشرط لابد وانيكون مقدورا و مملوكا للشارط وهذا منتف فى المقام فانه حين الاشتراط يكون المبيع

ملكا للبايع ولم ينتقل بعد الى المشترى فاشتراط بيعه على نفسه مرجعه الى اشتراط بيع المال على مالكه وهو غير معقول (وفيه) ان الشرط بيعه منه بعد ما انتقل عنه وصار ملكا للمشترى وهذا فى ظرفه معقول ومقدور له ولا يعتبر ان يكون الشرط حين الاشتراط معقولا ومقدورا .

الثانى - ما عن الشهيد ره من عدم القصد لان مثل هذا الشخص لا يريد قطع علاقة الملك عن نفسه والعقد متقوم بالقصد (وفيه) انه ان اريد بذلك انه لا غرض عقلائى له فى هذا البيع فيرد عليه اولا انه لا يعتبر فى صحة العقد وجود الغرض العقلائى و ثانيا انه ربما يكون موجودا من التخلص عن حنث النذر وغيره . وان اريد به انه لا قصد جدى به فيرد عليه ان شرط عود الملك مؤكد لشرط خروجه اذ لولا خروجه عنه لم يكن معنى لعوده اليه فالانصاف انه لا محذور فى هذا البيع من حيث القاعدة (نعم) ورد النص على البطلان فى بعض فروض المسألة وسيأتى الكلام فيه .

يعتبر ذكر الشرط فى متن العقد

قوله قده الشرط الثامن ان يلتزم به فى متن العقد الخ لا يخفى ان محل الكلام غير الشروط الارتكازية العقلائية ككون المبيع صحيحا ونحو ذلك التى تكون بسبب تعاهدها عند العقلاء مدلولة للعقود التزاما ولو لم تذكر فى متن العقد (كما ان) محل الكلام ليس هو الشرط الذى غفل عنه حين العقد فانه لا شبهة فى عدم لزوم الوفاء به (بل) محل الكلام الشرط الذى تواطى المتعاقدان عليه قبل العقد او انشآه وكانا متوجهين اليه حين العقد وهو على قسمين - الاول - ما لا يكون من قصدهما بناء العقد عليه ولا يوقعانه مبنيا عليه لا كلام فى عدم لزوم الوفاء به فان الشرط من الامور الانشائية ولا يتحقق بدون الانشاء والاعتبار النفسانى - الثانى ما يقع العقد مبنيا عليه .

وهذا هو مورد البحث - وفيه اقوال (احدها) بطلان العقد والشرط (ثانيها) صحتهما (ثالثها) بطلان الشرط وصحة العقد .

اما الاول - فقد استدل له المصنف ره - بانه اذا كان مقصودهما انشاء البيع

المشروط يكون الشرط من اركان العقد المشروط بل قد مر انه كا لجزء من احد العوضين فيجب ذكره فى الايجاب والقبول والافسد العقد بفساد ركنه (وفيه) انه لوتم ذلك لزم منه عدم تحقق البيع المشروط لابما انه عقد البيع (ودعوى) ان المقصود هو المشروط فوقوع غيره وقوع لمالم يقصد (مندفعة) بان الشرط ليس من قيود البيع بل يكون انشاء البيع مطلقا ولزوم الوفاء به معلق على الشرط .

وقد استدل للثالث بوجوه (الاول) الاجماع - (وفيه اولا) انه غير متحقق لان ما ذكره المصنف ره من كلمات القوم لايدل على ذلك - انما ذكروه من عدم لزوم الوفاء بالشرط لافى عقد - مما لاكلام فيه وهو غير المفروض وهو الشرط المبنى عليه العقد وما ذكروه ، فى باب الربا والمرابحة انما يكون مع مجرد المقاولة والاطمينان بالعمل على طبقها لامع تقيد العقد به - وما ذكروه فى عقد النكاح انما هو محمول على سبق المقاولة خاصة او على كونه من قصد الزوج فقط (وثانيا) انه ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام (الثانى) الاخبار(١) الواردة فى باب النكاح المتضمنة لعدم العبرة بالشرط السابق على عقد النكاح وانه يهدم ماكان قبله من الشروط (وفيه) ان تلك النصوص تدل على عدم العبرة بالشرط السابق وهذا مما لاكلام فيه انما الكلام فى انه اذا اوقعا العقد مبنيا على ذلك الشرط السابق الذى هو حقيقة الشرط لانه من مقولة المعنى و اللفظ مبرزله - و هذه النصوص لاتدل على عدم الاعتبار بذلك. و بالجملة - ان مفاد هذه النصوص اعتبار وقوع النكاح مبنيا على ماتواطئا عليه و هذا مما لا شك فيه و ليس فيها ما يشهد بكون العبرة باللفظ المذكور فى ضمن العقد (الثالث) ان الشرط من الانشائيات فتحققه يتوقف على الانشاء والايجاد ولايكون موضوع الحكم بدون الانشاء (وفيه) ان هذا بديهى ولكن انشائه انما هو بالاعتبار النفسانى واللفظ مبرز لذلك والكلام انما هو فى اعتبار المبرز(الرابع) ما افاده المحقق النائينى ره - وحاصله - ان الانشائيات ومنها الشرط لابد وان تبرز

---

(١) الوسائل كتاب النكاح باب ١٩- من ابواب المتعة

بمبرز والالايعتنى بهاعند العقلاء ولايرتبون الاثرعليها - نعم . لايعتبر مبرزخاص ولذايعتنى بماهومن قبيل الشروط الضمنية حيث ان تعاهدها عند العرف يوجب صيرورتها من المدلولات العرفية للفظوان لم يقصدها المتعاقدان.والشرط الذى تبانيا عليه لايكون مدلولا للفظ ابدا اذتبانى المتكلم والمخاطب على معنى لايوجب صيرورة اللفظ دالاعليه بنحو من الدلالة - فلايعتنى به (وفيه) ان ما افاده من اعتبارا لابراز فى الانشائيات ممالااشكال فيه فى الجمله الاان المتيقن من ذلك ماهومستقل فى الاعتبار كالبيع وشبهه واما مايكون تابعاومن ضمائم انشائى آخر فلادليل على اعتبار الابراز بالاضافة اليه فالاظهرهوالقول الثانى (ولكن) الانصاف ان دعوى كون موضوع الاحكام التكليفية والوضعية فى باب الانشائيات والمعاملات هوما ابرزبقول او فعل قريبة - والاحتياط سبيل النجاة .

يعتبر التنجيز فى الشرط

قوله قده وقد يتوهم هنا شرط تاسع وهو تنجيز الشرط بناء على ان تعليقه يسرى الى العقد الخ الظاهر انه من المحققين - والكلام فيه يقع فى جهتين (الاولى) فى ان التعليق فى الشرط هل يوجب بطلانه املا (الثانية) فى انه هل يوجب بطلان البيع املا .

اما الجهة الاولى - فان كان مدرك اعتبار التنجيز فى العقود استحالة التعليق فى الانشاء اوانصراف ادلة الامضاء عن المعلق اواعتبار الجزم فى الانشاء بطل الشرط المعلق لجريان هذه الوجوه بعينها فيه - و ان كان المدرك هو الاجماع كما ذكرناه فى الجزء الثانى عشر من هذا الشرح لم يبطل اذا لقدر المتيقن منه العقود بل البيع.

واما الجهة الثانية - فقد استدل لبطلان البيع بوجهين (الاول) ان التعليق فى الشرط موجب للتعليق فى البيع فان شرط الشرط شرط فما علق عليه الشرط فى الحقيقة يكون معلقا عليه نفس البيع المشروط (وفيه اولا) ان التعليق انما يكون فى متعلق الشرط والملتزم به لافى الشرط والالتزام - مثلا الشرط فى قول بعتك هذا بدرهم على ان تخيط ثوبى ان جاء زيد - هوالخياطة على تقدير المجىء لاالخياطة

المطلقة (وثانيا) ان الشرط ليس جزء من احد العوضين بل هو التزام فى ضمن التزام فالتعليق فيه لا يسرى الى البيع (الثانى) ان مرجع التعليق فى الشرط الى البيع بثمنين وهو الدرهم على تقدير ومع الضميمة على تقدير آخر - والجواب عن ذلك بارجاع التعليق الى متعلق الشرط لايكفى فان المحذور هو اختلاف الثمن على التقديرين بل الحق فى الجواب هو المنع عن كون الشرط جزء للثمن وقد تقدم تنقيح القول فى ذلك .

وعن المحقق النائينى الاستدلال لصحة الشرط المعلق مضافا الى انها مقتضى العمومات بما ورد (١) فى امرئة مكاتبة اعانها ولد زوجها على اداء مال كتابتها مشترطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق من نفوذ الشرط وصحته مستشهدا بعموم المسلمون عند شروطهم ولا باس به - (فتحصل) ان الاظهر صحة العقد والشرط .

حكم الشرط الصحيح

قوله قده فى حكم الشرط الصحيح وتفصيله ان الشرط اما ان يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصى الخ ظاهر المصنف ره والمحقق النائينى قده ان فى موارد شرط النتيجة يكون المشروط هو اعتبار الشارع وعليه قسما الشرط الى اقسام ثلاثة شرط الوصف. شرط الغاية والنتيجة. شرط الفعل (ولكن) الظاهر ان متعلق الشرط فيها هو الاعتبار النفسانى للمتعاقدين الذى هو تحت اختيارهما دون الاعتبار الشرعى الخارج عن تحت قدرتهما وعليه ففى تلك الموارد ايضاً يكون من قبيل شرط الفعل غاية الامر يكون الفعل المشروط قسمين احدهما ما هو من قبيل الاعتبار النفسانى الذى يوجد بنفس الشرط والالتزام - ثانيهما - ما لا يوجد به كالخياطة .

حكم شرط الوصف

قوله قده ولا اشكال فى انه لا حكم للقسم الاول الا الخيار مع تبين الخ

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب كتاب المكاتبة

الكلام يقع فى جهتين- الاولى - فى بيان مراد المصنف وانه هل يكون ملتزما بفساد شرط الوصف اوصحته - لايبعد القول بانه ملتزم بعدم صحته من جهة قوله فلامعنى لوجوب الوفاء فيه وعموم المؤمنون مختص بغير هذا القسم فانه استدل لبطلان شرط النتيجة بمثل ذلك - وحكمه بالخيار لعله من جهة ارجاع شرط الوصف الى التوصيف والخيار من باب تخلف الوصف لاتخلف الشرط وقد صرح المصنف ره فى مسألة اشتراط المقدورية برجوع شرط الوصف الى التوصيف .

الثانية - فى بيان ما هو الحق وقد استدل لبطلان شرط الوصف بوجوه (الاول) عدم المعقولية فان الوصف اما حاصل اولا وعلى التقديرين لامعنى لالتزامه (وما) افاده السيد الفقيه من ان الالتزام بالوصف الحال وان كان لايعقل حقيقة عقلية الا ان الالتزام العرفى يمكن تعقله وتحققه فانا نريهم يلتزمون بامثال ذلك فيقولون على عهدتى ان يفعل فلان كذا اوان يكون المبيع متصفا بكذا (غريب) فان ذلك من العرف انما هو فى مقام الاخبار و تثبيت ما اخبر عنه ولا دخل له بما هو من قبيل الانشاء (وفيه) ان الشرط لايكون منحصرا فى الالزام و الالتزام بل قد يكون تقييدا محضا لا للبيع بل للالتزام بالمعاملة و من الواضح معقولية تعليق الالتزام بالمعاملة على ما هو خارج عن تحت القدرة و الاختيار (الثانى) ان الالتزام بالوصف ان كان معقولا لامعنى لصحته اذلا يتحقق شىء به ولا يترتب عمل حتى يكون صحته بمعنى تاثيره فيه - و الخيار حكم الشرط الصحيح لانه مصحح الشرط (وفيه) انه اذاكان الالتزام بالوصف صحيحا كان معناه تعليق الالتزام بالبيع عليه ومع عدمه لايكون ملزما بالوفاء بالعقد ولو كان موجودا يكون ملزما به وهذا هو الاثر المهم (الثالث) ان شرط الوصف حيث ان لايقدر على تحصيله لامعنى لوجوب الوفاء به فعموم (١) المسلمون عند شروطهم لايشمله (وفيه) انه وان تقدم فى الجزء الثانى عشر فى مبحث المعاطاة ان مفاد المسلمون عند شروطهم وجوب العمل

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار

بالشرط تكليفا ولايكون ذلك متكفلا لحكم وضعى من الصحة واللزوم ـ وعليه فلا يشمل شرط الوصف الاانه لاينحصر الدليل بذلك ومقتضى قوله ﷺ (١) الشرط جائز بين المسلمين اى نافذ صحة هذا الشرط ـ فالاظهر صحته ونفوذه.

حكم شرط النتيجة

قوله قده واما الثالث ـ وان اريد حصول الغاية بنفس الاشتراط الخ

محل الكلام فى هذا المقام هو اشتراط الغاية والنتيجة بالمعنى المتقدم المعقول وهو اشتراط اعتبار الشارط لا الشارع لاعن اسبابها ومبرزاتها الخاصة بل بنفس الاشتراط ـ وعليه ـ فان علم كون غاية خاصة لايعتبر فيها لفظ مخصوص وسبب خاص لااشكال فى صحة الشرط ونفوذه (لا) لقوله ﷺ المسلمون عند شروطهم لما عرفت من كونه متضمنا لبيان حكم تكليفى والشرط فى الفرض ليس فعلا يترقب كى يجب الوفاء به (بل) لقوله ﷺ الشرط جائز بين المسلمين والادلة (٢) الخاصة الدالة على ان الشرط الذى لايخالف كتاب الله يجوز على المشترط ـ وان علم انه يعتبر فيها سبب خاص وليس الشرط منه لاكلام فى فساده لكونه خلاف الكتاب والسنة.

واما ـ ان لم يدل دليل على احد الوجهين (فان بنينا) على جريان اصالة عدم المخالفة يحكم بالصحة والنفوذ ـ لان ادلة نفوذ الشرط دلت على نفوذ كل شرط وصحته خرج عنها الشرط المخالف للكتاب فلو شك فى شرط انه مخالف ام لا اذا جرى هذا الاصل يدخل ذلك فى المستثنى منه ويشمله ادلة النفوذ وعلى ذلك فاشكال المصنف ره فى صحة هذا الشرط مع بنائه على جريان الاصل المشار اليه لاوجه له (وان بنينا) على عدم جريانه فحيث انه يشك فى كون الشرط مخالفا للكتاب فالتمسك بعموم دليل نفوذ الشرط تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية فلايجوز فيرجع الى اصالة

---

(١) الخلاف ج٢ ص٨ ـ كتاب البيوع بيع الشرط

(٢) ص٢٩٢

عدم تحقق تلك الغاية .

وللسيد الفقية والمحقق النائيني ره كلام في المقام وهو ان الشك في كون شرط مخالفا للكتاب من قبيل الشبهة الحكمية بحسب الغالب دون المصداقية (ومحصل) ماافاده المحقق النائيني ره ان الشك في كون شرط كك وان كان قد يتفق من جهة الشبهة المصداقية كما لوشك في ان من يشترط ملكية المصحف له كافرا الاان الغالب كون منشأ الشك الشك في الحكم الشرعي وان الحكم الفلاني هل يكون مجعولا في الشريعة حتى يكون اشتراط خلافه مخالفا للكتاب املا او ان السبب بهذا الامر الاعتباري هل هو شيء خاص ام كل مايكون مبرزا له فتكون الشبهة حكمية او مفهومية لامصداقية ولامانع من التمسك بالعموم في تلك الموارد (ثم اورد) على نفسه بان العام حيث خصص بالمخصص المتصل فاجمال المخصص يسرى الى العام فلا يتمسك به (واجاب عنه) بان هناك عمومات لم تخصص و واضح ان اجمال ما اتصل به المخصص لايسرى الى مالم يتصل به (وفيه) ان الميزان في كون الشبهة مصداقية لايتمسك فيها بالعموم. اوحكمية يتمسك فيها به الى ملاحظة المشكوك فيه بالاضافة الى العام فاذاكان الشك من جهة حكمية ولكن بالاضافة الى العام الذى يتمسك به مصداقية لايجوز التمسك به والمقام من هذا القبيل فان الشك في الحكم الفلاني اوان الغاية المخصوصة هل جعل لها سبب خاص املا وان كان حكميا - الاان ذلك بالاضافة الى عموم دليل الشرط مصداقية فان المخالف للكتاب مفهومه مبين وحكمه واضح لاشك في شيء منها و الشك انما يكون مصداقيا من هذه الجهة فالتمسك بعموم دليل نفوذ الشرط تمسك بالعام في الشبهة المصداقية فلايجوز - ولكن حيث عرفت انه تجرى اصالة عدم المخالفة ففي مورد الشك يرجع الى عموم دليل نفوذ الشرط .

ويشهد لصحة هذا الشرط وتمامية الاستدلال بالعموم ماتضمن (١) عدم الخيار للمكاتبة التي اعانها ولدزوجها على اداء مال الكتابة مشترطا عليها عدم الخيار على

---

(١) الوسائل باب ١١ - من ابواب كتاب المكاتبة

زوجها بعد الانعتاق مستشهداً بهذا العموم .

قوله قده مضافا الى كفاية دليل الوفاء بالعقود الخ وفيه ان الشرط ليس جزء للعقد بل هو التزام في التزام (ولكن) مع تسليم المبنى لا يرد عليه ما ذكره المحقق الايرواني ره بقوله اذ كان دليل المؤمنون مختصا بشرط الفعل كان دليل اوفوا اولى بالاختصاص لصراحته في التكليف الموجب للاختصاص (فان) دليل المؤمنون بما ان مضمونه عدم انفكاك المؤمن عن شرطه لا عدم انفكاك الشرط عن المؤمن وهذا ليس صفة في الشرط بل صفة في المؤمن لا محالة يكون ظاهرا في كونه متضمنا لحكم تكليفي بخلاف آية الوفاء -- نعم - يرد عليه ايراد آخر وهو ما ذكرناه في مبحث المعاطاة من انه لو كان الامر بالوفاء ارشاديا يكون ارشادا الى اللزوم لا الى الصحة فراجع .

قوله قده مدفوعة لعدم صلاحية ذلك للفرق الخ لا كلام في ان التابع ان كان تابعا بنفسه كالزوايد المتصلة في الحيوان مثل صوفه ووبره يملك بتبع العين ولو لم يشترط بل ولو لم يلتفت اليه حين العقد - كما انه لو صار تابعا بالاشتراط يصير من لواحق المتبوع ويملك بتبعه كما في الدابة وحملها وهذا لا ينافي توقف حصول الملكية على سبب خاص اذا لمعاوضة حقيقة وانشاءاً بين المتبوع وعوضه فما افاده المصنف ره غير تام .

قوله قده كما يصح نذر مثل هذه الغايات الخ لا يخفى ان من استشكل في شرط النتيجة كصاحب الجواهر ره استشكل في نذر النتيجة ايضا (اللهم) الا ان يقال ان هذا ايراد عليه بلحاظ ما عن سيد المدارك من اسناد صحة هذا النذر الى قطع الاصحاب .

وجوب الوفاء بالشرط

قوله قده وانما الخلاف والاشكال في القسم الثاني - الاولى في وجوب الوفاء من حيث التكليف الخ لا يخفى ان اساس النزاع بين الشهيد ره وغيره

حيث حكم بعدم وجوب الوفاء به تكليفا وان اثره فى شرط الفعل خصوص الخيار وقلب اللازم جائزا - وحكم غيره بوجوب الوفاء انما هو النزاع فى ان الشرط هل هو التعليق كما عليه الشهيد او الالتزام كما عليه غيره فالاولى صرف عنان الكلام الى ذلك ثم الكلام فى الدليل على وجوب الوفاء.

اما المقام الاول - فمحصل ماافاده الشهيد ره ان العقد له اطلاقان. احدهما من حيث فعلية الصحة - الثانى من حيث اللزوم وبعبارة اخرى ان العقد بالتحليل منحل الى الالتزام بالملكية مثلا والالتزام بعدم رفع اليد عنه والوفاء بالالتزام الاول - والشاهد عليه ان بعض القيود لامعنى لرجوعه الى العقد بالاطلاق الاول كمالامعنى لكونه قيدا لاحد العوضين كشرط الخيار فانه لايعقل الاان يكون قيدا للعقد بالاطلاق الثانى اذ لاخيار الافى فرض الصحه والملكية والشرط ان جعل قيداً للعقد بالاطلاق الاول بطل العقد - ولكن المجعول فى باب الشرط هو كونه قيداله بالاطلاق الثانى اى الالتزام بالوفاء بالعقد (وعليه) فان كان المشروط من قبيل الغايات يحصل بمجرد الاشتراط ويلزم بلزوم العقد - وان كان من قبيل الافعال فلامحالة يتوقف لزوم العقد عليه وهذا معنى جعل العقد عرضة للزوال وهذا يختص بخصوص شرط الفعل وهو واضح - وبهذا البيان اندفع جميع ماأورده المصنف ره عليه التى مبناها تعليق اصل العقد على المشروط (ولكن) الذى يرد على الشهيد ره انه وان كان حقيقة الشرط قائمة بالتعليق وبدونه لايصدق عليه الشرط اذ مجرد كون الالتزام الشرطى فى ضمن الالتزام البيعى بلاربط لاحدهما بالاخر لايوجب صدق عنوان الشرط فلابد وان يكون العقد مرتبطا به فالتعليق ماخوذ فى حقيقة الشرط الا ان المتعارف بين الناس فى موارد اشتراط الفعل الالتزام بالفعل ايضا بل ربما يكون هو المقصد الاصلى وعلى اى تقدير ما افاده لايصلح دليلا على عدم وجوب الوفاء ولا ينافى معه كى يعارض مع الادلة التى ستمر عليك.

واما المقام الثانى فيشهد لوجوب الوفاء قوله ﷺ (١) المؤمنون عند شروطهم

---

(١) تقدم فى ص٢٩٢

(وتقريب) دلالته على الحكم التكليفي ان ظاهر كون المؤمن عند شرطه ملازمته اياه وقيامه بمقتضاه والاخبار بالتحقق يناسب ارادته و البعث نحوه . وحيث انه متضمن لكون المؤمن عند شرطه لاعدم انفكاك الشرط عن المؤمن فلايناسب ذلك الوضع بل يناسب التكليف كما مر تحقيقه فى مبحث المعاطاة . (واما) تقريب دلالته على الوجوب دون الندب فبامور (الاول) ماحقق فى محله من ان دلالة الجملة الخبرية على الوجوب اقوى من دلالة الامر عليه (الثانى) انه استدل بمثله على الامر بالوفاء لاحظ العلوى (١) من شرط لامرئته شرطا فليف لها به فان المسلمين عند شروطهم ونحوه غيره - (الثالث) جعل المؤمن موضوعا - فان مفهوم القضية ان من لايفى بشرطه لايكون مؤمنا ولا يكون كك الا بكونه عاصيا وخارجا عن ما هو وظيفة المؤمن (الرابع) مافى بعض الروايات من زيادة قول الامن عصى الله - فانه استثناء من المشروط عليه قطعا لكونه استثناء ممن يجب عليه الوفاء والقيام بالشروط وهو المشروط عليه دون الشارط وظاهر العصيان هو المخالفة للتكليف (واحتمال) ارادة المعصية بنفس الالتزام فيكون مساوقا لاخبار استثناء ماخالف الكتاب متوقف على حرمة الالتزام بالمعصية وبخلاف حكم الله - ولادليل عليه.

وقد استدل لعدم دلالته على الوجوب بل دلالته على الندب بوجهين (الاول) ماافاده جمع وهو ان تعليق الوفاء على الايمان دليل الفضل والندب بل عن المحقق الايروانى ره ان ذلك كاشف عن عدم صوغ القضية فى انشاء الحكم والافاى اختصاص للمؤمن فى ذلك فتحمل القضية على ظاهرها و هو الاخبار (وفيه) ما عرفت من ان مفهومه ان من لايفى بشرطه غير مؤمن و هذه المبالغة تناسب وجوب الوفاء كما لايخفى (الثانى) ان الحمل على الوجوب مستلزم للتخصيص الكثير لعدم وجوب الوفاء بالشروط الفاقدة لاحد شروطها الثمانية ولعدم وجوب الوفاء بالشروط المذكورة فى العقود الجائزة بالذات اولكونها خيارية (وفيه) ان الشرط الفاسد خارج عن تحت

---

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب المهور من كتاب النكاح

ذلك الدليل على جميع التقادير والشرط في ضمن العقد الجائز يجب الوفاء به وجواز العقد لاينافي وجوبه كما تقدم غير مرة - فالاظهر وجوب الوفاء .

قوله قده مضافا الى عموم وجوب الوفاء بالعقد الخ قد مرعدم صحة الاستدلال به على ذلك فان الشرط ليس جزء لاحد العوضين (وبما) حققناه يظهر مافي ساير كلمات المصنف ره في المقام .

في جواز الاجبار وعدمه

قوله قده الثانية في انه لوقلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعي فهل يجبر عليه لو امتنع الخ الاقوال في المسألة اربعة (الاول) جواز الاجبار (الثاني) عدمه (الثالث) التفصيل بين ماكان حقا للبايع فلايجوز الاجبار وبين ماكان حقا لغيره فيجوز كما يظهر من الصيمري (الرابع) مايظهر من العلامة وهو الفرق بين مايكون من متعلقات المعاملة كالرهن والكفيل وتعجيل الثمن فيجوز الاجبار وبين مايكون اجنبيا عنها كاشتراط العتق فلايجوز (ثم ان) محل الكلام انما هو الاجبار المالكي - لاالاجبار من ناحية وجوب الامر بالمعروف .

وقد استدل لوجوب الاجبار في المتن بما دل على وجوب الوفاء بالعقد والشرط (بتقريب) انه كما يكون مقتضى العقد ملكية كل من المتبايعين لما انتقل من الاخر اليه فيكون مالكا فيجبر طرفه على تسليمه - كذلك يكون المشروط له مالكا على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط فيجبر على تسليمه (والظاهر) ان هذا مراده قده لاما افيد من ان مقتضى وجوب الوفاء لزوم التسليم والعمل فيجبر لو امتنع الموهم وحدة الخلاف في المسئلتين فانه قده قد فر من ذلك آنفا (وفيه) ان آية الوفاء(١) بالعقد لاتدل على نفوذ الشرط ولزوم العمل به فضلا عن كون العمل ملكا للمشروط له - ودليل الوفاء بالشرط قد مر انه يدل على الحكم التكليفي لاالملكية .

---

(١) المائده آية٢

فالحق - ان يقال ان جواز الاجبار مبنى على استفادة الاستحقاق من ادلة الشروط وعدمها اذ بناء على الاستحقاق يجوز الاجبار لكونه ممتنعا عما يستحقه الغير - وبناء على التكليف المحض لا يجوز - من غير فرق على التقديرين بين القول بوجوب الوفاء وعدمه.

ويمكن الاستدلال للاستحقاق بوجوه (منها) ان المستفاد من الادلة والمقطوع به بين الاصحاب جواز اسقاطه والحكم لايقبل الاسقاط (ومنها) قوله عليه السلام المتقدم من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فان ظاهر اللام للاختصاص الملكى والحقى (ومنها) بناء العقلاء على ذلك وعليه فيجوز الاجبار.

وقد استدل لعدم الجواز - بوجهين (الاول) ماعن جامع المقاصد من ان له طريقا الى التخلص بالفسخ (وفيه) ان مقتضى هذا الوجه لوتم عدم تعين الاجبار والكلام انما هو فى جوازه مع انه لايتم فان الخيار شرع بعد تعذر الاجبار كماسياتى (الثانى) ان الشرط هو الاتيان بالعمل من عند نفسه فالفعل الحاصل بسبب الاجبار ليس عملا بالشرط فالشرط غير قابل لان يجبر عليه (وفيه) انه لاريب فى كونه هو الاتيان باختياره اما لاعن كره فهو لانظر له اليه

و قد استدل للثالث بان البايع يمكنه الفسخ استدراكا لحقه بخلاف غيره اذ لا طريق له الا الاجبار - وقد ظهر اندفاعه مما ذكرناه فى ردما عن جامع المقاصد آنفا

واستدل للرابع بان ماهو من متعلقات المعاملة يكون بمنزلة العوضين فى جواز الاجبار على تسليمه بخلاف غيره - و قد ظهر جوابه مما ذكرناه - فالاظهر جواز الاجبار.

قوله قده ويمكن ان يستظهر هذا القول الخ لااشكال فى ظهور النبوى فى الوجوب الا ان جماعة ذكروا انه لايستفاد منه الا الندب - مع انه على القول بدلالته على الوجوب التكليفى يمكن القول بجواز الاجبار و عدم وجوبه من جهة استفادة كونه حقا للمشروط له من الادلة الاخر.

قوله قده بل الاستدلال به على صحة الشرط الخ هذا وجه آخر لاستفادة

القول المزبور من مثل الشيخ وحاصله انه لوضم القول بعدم مفسدية الشرط الفاسد الى الاستدل بالنبوى كفى ذلك فى نسبة القول المزبور اليه اذلازم البناء على عدم المفسدية كون الشرط التزاما لاتعليقا للعقد - فالاستدلال بالنبوى لامحالة يكون لاثبات الوجوب التكليفى فان الشرط الفاسد لكونه وعدا يستحب الوفاء به (وفيه) ان استحباب الوفاء بالشرط بما هو شرط غير استحباب الوفاء به بما هو وعد و لعل الاستدلال بالنبوى للاول لاللوجوب (مع) ان غاية ما يستفاد من القول بعدم مفسدية الشرط الفاسد عدم تعليق العقد بما هو مؤثر وصحيح - لاعدم تعليقه بما هو لازم فتدبر حتى لاتبادر بالاشكال.

ثبوت الخيار مع عدم تعذر الاجبار

قوله قده الثالثة فى انه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الاجبار الخ

اعترض عليه المحقق النائينى ره بان المسألة بعينها هى المسألة السابقة باختلاف يسير وتفاوت فى العبارة ولعله سهو من قلمه - (وفيه) ان الكلام فى المسئلة السابقة كان فى جواز الاجبار وعدمه وفى هذه المسألة انما يكون فى تقدمه على الفسخ وعدمه فالفرق بين المسألتين واضح.

واورد - المحقق الايروانى ره عليه بان عنوان هذه المسألة عجيب فان عدم تعقل اجتماع حق الاجبار والخيار بمكان من الوضوح فان الاجبار فى موضوع عموم الشرط وشموله لما يصدر جبرا فلايكون تخلف مهما امكن الفرد الاجبارى منه و موضوع الخيار صورة تعذر الشرط بجميع افراده وانى يجتمع هذان الامران (وفيه) ان موضوع الخيار ليس صورة تعذر الشرط خاصه بل امتناع من عليه الشرط عن العمل به فان المجعول هو الشرط من حيث هو وانما يجبر عليه فى المرتبة اللاحقة وهى الامتناع عن العمل به فالامتناع موضوع للحكمين فتدبر.

وكيف كان ففى المسألة قولان (احدهما) ان له ذلك مع التمكن من الاجبار (والاخر) انه ليس له ذلك.

وقد استدل للثانى - بوجهين (الاول) ان هذا الخيار على خلاف القاعدة ودليله

حديث الضرر وهو لا يجري الا مع تعذر الاجبار اذ لا ضرر مع التمكن من الاجبار فلا خيار وعلى هذا حمل كلام المصنف ره ـ (وفيه) مضافا الى ما عرفت من ان حديث الضرر لا يصلح دليلا للخيار في مورد من الموارد ـ والى ان الدليل لا ينحصر به كما سيمر عليك يمكن ان يقال ان جواز الاجبار لا يوجب رفع الضرر بل الرافع هو الاجبار نفسه وعليه فلزوم البيع مع امتناع المشروط عليه من العمل بالشرط ضرري يرفعه الحديث وليس المرفوع خصوص حكم ضرري لا يتمكن من رفعه (الثاني) ان المتيقن من الاجماع الصورة المذكورة (وفيه) ان المدرك ليس هو الاجماع (والحق) ان يقال ان الشرط وان كان التزاما الا ان قوامه بتقيد العقد وبه وليس التزاما مستقلا و معنى تقيد العقد به ما تقدم من تعليق الالتزام بالوفاء بالعقد على تحقق الشرط فبامتناعه عنه يتحقق شرط الخيار فيثبت فالاظهر ثبوت الخيار مع التمكن من الاجبار

واستدل السيد قده لذلك ـ بخبر(١) ابي الجارود المنجبر ضعفه بالشهرة عن ابي جعفر عليه السلام ان بعت رجلا على شرط فان اتاك بمالك والا فالبيع لك (بتقريب) ان المراد من مالك مالك من الشرط ومن قوله عليه السلام والا فالبيع لك كون امره بيدك (وفيه) ان ما علق عليه الخيار هو الاتيان بالشرط وهو اعم من الاختياري والاجباري (ثم) ان المصنف ره بعد ما اختار عدم ثبوت الخيار مع التمكن من الاجبار ذكر وجها لثبوت نتيجة الخيار في عرض الاجبار (وحاصله) ان المشروط عليه اذا امتنع عن العمل بالشرط ـ يكون امتناعه ذلك امتناعا عن العمل بالعقد المشروط ونقضا للعقد اذ ليس الشرط كاحد العوضين حيث ان مقتضى العقد ملكية كل من المتبايعين لمال الاخر فالامتناع عن التسليم ليس نقضا للعقد وهذا بخلاف الشرط فان الوفاء به انما يكون بايجاده ومع عدمه يكون ذلك نقضا للعقد المشروط فللمشروط له ايضاً نقضه فيرجع ذلك الى التقايل ـ وبهذا البيان اندفع ما اساء به الادب المحقق الايرواني ره فراجع (ولكن) يرد عليه قده ان عدم العمل بالشرط ليس حلا له حتى يكون بضميمة حل المشروط له هو التقايل بل هو عبارة عن ترك العمل مع بقاء الشرط كما هو الحال في

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب الخيار حديث٢

الامتناع عن تسليم احد العوضين طابق النعل بالنعل (وبالجملة) انه كما يكون للعقد وفائان حقيقى وعملى وكك له نقضان - كك يكون للشرط بلاتفاوت بينهما .

قوله قده ثم على المختار من عدم الخيار الامع تعذر الاجبار لو كان الشرط من قبيل الانشاء الخ - الظاهر ان له ذلك لالثبوت الولاية المطلقة له فان ذلك باطل كما اسلفناه ولا لان الشرط اعم من فعل المشروط عليه وغيره (بل) لان الحاكم ولى الممتنع وان شئت قلت ان حفظ مال الناس ومتعلق حقهم مما يعلم ان الشارع الاقدس لايرضى بتركه فهو من الامور الحسبية يتولاه الحاكم . (ويمكن ان يستشهد له بمادل (١) على ان من لاينفق على زوجته يجبره الحاكم على ذلك وان لم يمكن يطلقها الحاكم مع ان الطلاق امره اضيق من ساير الانشائيات .

حكم تعذر الشرط

قوله قده الرابعة لو تعذر الشرط فليس للمشترط الاالخيار الخ

الظاهر من العلامة قده تقسيم الشروط الى اقسام - الاول - مايكون من الاوصاف التى لاتوجب الازيادة الرغبة فى موصوفها من دون ان توجب زيادة فى قيمة الموصوف بوجه واختار فيه تعين الخيار - الثانى - ما يكون من الاوصاف التى توجب زيادة المالية فى الموصوف و اختار فيه تخير المشروط له بين الفسخ و الرجوع بالتفاوت والارش - الثالث - ما يكون من الافعال التى يبذل بازائها المال كخياطة الثوب اوالغايات وذهب فيه الى تخيير المشروط له بين الفسخ والمطالبة به اوبعوضه وقيمته الواقعية والمصنف ره فى عنوان المسألة تبع العلامة مع الغاء القسم الاول الواضح حكمه - فالكلام يقع فى موردين - (الاول) - فى مااذاكان الشرط من الاوصاف الدخيلة فى المالية وكان متعذرا والحق به السيد قده ما اذا كان من الافعال و لكن كان

---

(١) كتاب النكاح باب ١ من ابواب النفقات

متعذرامن الاول لاما اذا طرأعليه التعذر (الثانى) فى ما اذا كان من الافعال المتمولة او الغايات .

اما الاول . فقد استدل المصنف ره لعدم ثبوت الارش بما حاصلهان الارش-اما ان يكون تعبديا ـ او يكون على القاعدة والاول يحتاج الى دليل التعبد وهومفقود والثانى يتوقف على وقوع شيء من المال بازاء الشرط وهو ليس فان الشرط وهو القيد خارج عن المعاملة والتقيد وان كان داخلا فيها لكنه ليس ما لاوان كان سببا لازدياد مالية المال (واورد عليه) المحقق الايروانى ره بان التقيد و ان كان بنفسه لايعد مالالكن الذات على صفة التقيد مال يبذل بازائه بماله من التقيد المال فان الكتابة مجردةوان لم تعدما لالكن ذات الكاتب على صفةالكتابة مال وهذا عين معنى تقسيط الثمن (و فيه) ان المقيد ينحل الى ذات المقيد و تقيده و التقيد امر انتزاعى لايقابل بالمال .

و لكن ـ الذى يرد على المصنف ره و يوجب عدم امكان تصحيح ما افاده المحقق الايروانى رهوجها لثبوت الارش بوجه ان الشرط على ماتقدم ليس قيداللانشاء لاستحالته ولا للمنشأ لكونه موجبا للتعليق المبطل . ولا لاحد العوضين فان العين الخارجية لاتقبل التقييد بل هو قيد للالتزام بالوفاء بالعقد وعليه فلامورد لما افاده المحقق المشاراليه ولا الى ثبوت الارش .

وقد استدل لثبوته مضافا الى مامر بوجهين (احدهما) ما افاده السيد الفقيه (وحاصله) ان الشرط وان لم يكن مقابلا بالمال فى عالم الانشاء الا انه مقابل بهفى عالم اللب ولامنافاة بين ان يكون مال واحد تمامه مقابلا لشيء فى عالم وبعضهمقابلا لشيء آخر فى عالم آخر الذى هو فى طول ذلك العالم (و بعبارةاخرى) يكون قيداً فى مرحلة وجزء فى مرحلة اخرى و عليه فمقتضى كون التمام فى مقابل العين فى عالم الانشاء جواز امضاء المعاملة على ماهى عليه واسقاط حق الشرط ومقتضى كون البعض فى مقابل الشرط فىعالم اللب جواز استرداده لعدم وصول عوضه وهوالشرط اليه وهذا معنى تخييره بين الفسخ والارش (وفيه) انه فى باب المعاملات لايعتنى

بما لم يقع فى حيز الانشاء (وبعبارة اخرى) ان تمام المناط فيها عالم الانشاء والا الالتزامات والبنائات القلبية غير المنشاة لايترتب عليها اثر فمجرد الجزئيةفى عالم اللب لايؤثرشيئا (ثانيهما) ادراج المورد تحت عنوان العيب اذ المبيع مثلا لوحظ فيه وصف الانضمام بوصف او عمل وتعذره يوجب نقصا فى المبيع (و فيه) ما تقدم فى حقيقة العيب من ان العيب هو نقص وصف الصحة خاصة فراجع - فالاظهر عدم ثبوت الارش .

واما المورد الثانى- فقدذهب جمع من الاساطين الى ان المشروط له يستحق اجرة ذلك العمل وعوضه الواقعى- والمصنف ره استشكل فيه من ناحية ان الشرط مطلقا قيد غير مقابل بالمال والمعاوضة واقعة بين العوضين انفسهما (ولكن) الظاهر ان من يقول باستحقاق الاجرة لايستند الى كون مقدار من العوض بازائه حتى يرد عليه ذلك بل الى ان المشروط له يملك على المشروط عليه ذلك الفعل او تلك الغاية فيجوز له مطالبة عوضه كائنا ماكان - فايراد المصنف ره فى غير محله (ولكن) يرد عليه انه لادليل على الملكية اذ غاية ما يستفاد من الدليل وجوب الوفاء بالشرط حقيا و اما ثبوت الملكية فمما لم يدل عليه دليل وبناء العقلاء على اخذ العوض غير ثابت- فالاظهر انه ليس له ذلك.

قوله قده و اضعف منه ثبوت الارش بمجرد امتناع المشترى الخ
من يرى انه لايجوز الاجبار على الشرط لامحالة يقول بثبوت الارش بمجرد الامتناع كجواز الفسخ فلا يكون قوله اضعف بناء على مبناه .

قوله قده و ان كان مقتضى المعاوضة الخ قد مر ان هذا اجنبى عن ما استدل به على جواز اخذ العوض فراجع .

قوله قده ولذا لايشترط قبض ما بازاء المال الخ مراده انه لو باع العبد واشترط كون ماله معه و كان ماله من النقدين والثمن منهما لا يجب التقابض فى المجلس بالنسبة الى ماله من باب كونه بيع صرف ولوكان الشرط مقابلا بالمال اى بالثمن وجب ذلك .

التلف لا يمنع عن الفسخ

قوله قده لو تعذر الشرط وقدخرج العين عن سلطنة المشروط عليه الخ

الكلام فى هذه المسألة يقع فى موضعين (الاول) فيما اذا تلف العين اوخرجت عن ملكه مع عدم كون التصرف المخرج منافيا للشرط (الثانى) فيما اذاكان التصرف المخرج للعين بنفسه منافيا للشرط -كما لوباع شيئا واشترط ان لايبيعه اويوقفه او نحو ذلك فباعه .

اما الموضع الاول فالكلام فيه فى موارد (الاول) فى انه هل يمنع ذلك من الفسخ ام لا - و مبنى القولين ان الخيار متعلق بالعقد او العين اذعلى الاول يجوز الفسخ وعلى الثانى لايجوز لانعدام الموضوع و قد تقدم تفصيل القول فى ذلك فى الخيارات وعرفت ان الاظهر تعلقه بالعقد .

الثانى فى حكم التصرف المخرج وقد يتوهم انه فاسدمن جهة (انه) تصرف فى ملك كان معرضا للزوال (اوانه) مالم ينقض زمان الخيار لايصير ملكا للمشترى فهو تصرف فى ملك الغير -وكلاهما فاسدان (اما الاول) فلان كونه معرضا للزوال لا يوجب الفساد(واما الثانى) فلما مر من عدم توقف الملك على انقضاء زمان الخيار لاسيما مثل هذا الخيار المنفصل عن العقد .

الثالث فى انه اذا فسخ المشروط له - فهل يرجع الى القيمة من جهة صحة العقد الثانى و عدم الموجب لانحلاله بانحلال العقد الاول لما ستعرف من فساد ما ذكروجها لانحلاله او الى العين من جهة ان الفسخ يقتضى رجوع العين مع امكانه والمفروض -ذلك وجهان - اقواهما الاول فان عدم امكان الرجوع اعم من العقلى والشرعى والمفروض صحة العقد الثانى ولزومه فيمتنع الرجوع بالعين شرعا والمانع الشرعى كالمانع العقلى (ثم انه)على الثانى هل ينفسخ العقد الواقع عليه من حينه من جهة انه معلول لاعمال الخيار فلا يتقدم عليه - او من اصله- من جهة انه بفسخ العقد الاول ينحل هو من اصله فكذا ما يترتب عليه- والاظهر هوالاول كماتقدم فالاظهر هو الرجوع بالبدل (و بما ذكرناه) ظهر تمامية ما افاده المصنف قده من انه يرجع

بالقيمة جمعا بين الادلة -اى دليل نفوذ العقد الاول- ودليل نفوذ العقد الثانى ولزومه ودليل الخيار بالقياس الى العقد الاول.

هذا كله فيما اذا كان التصرف المخرج لازما - واما ان كان جائزا -فقد يتوهم انه بعد الفسخ يجبر المشترى على الفسخ و ارجاع العين من جهة ان العقد جائز فالمشترى متمكن من ارجاع العين فيجبر عليه بخلاف ما اذا كان العقد لازما. ولكنه فاسد من جهة انه اذا فسخ المشروط له ورجع الثمن الى المشترى فلا بد وان يرجع اليه شيء اما العين او بدلها. والاول موجب لانفساخ العقد الثانى والمفروض انه لاوجه له و لو التزم بانفساخه بفسخ المشروط له يرد بان العقد الثانى بالقياس اليه لازم لاجائز وانما يكون جائزا بالنسبة الى المشترى - والثانى -مستلزم لعدم جواز الاجبار كما هو واضح - فالاظهر انه لافرق بين العقد اللازم والجائز .

واما الموضع الثانى فالكلام فيه فى موردين (الاول) فى حكم التصرف المخرج صحة و فسادا - و الاقوال فيه ثلاثة - ثالثها الصحة مع اجازة المشروط له و الفساد مع عدمه -وقد استدل للبطلان مطلقا -بوجهين (الاول) ان التصرف المنافى حرام -وحرمة لمعاملة تستلزم فسادها (وفيه اولا) ان التصرف المنافى ان كان بنفسه مما اشترط عدمه كما اشترط ان لايبيع داره فباعه وان كان معصية بناء على وجوب الوفاء بالشرط- الا انه ان كان مضاد الما هو شرط كما لو باع العبد واشترط عتقه -فباعه لايكون البيع حراما الابناء على اقتضاء الامر بالشيء للنهى عن ضده والمحقق فى محله عدم الاقتضاء فلا يكون حراما - وثانيا -ان حرمة المعاملة لاتستلزم فسادها كما حققناه فى الجزء الحاديعشر من هذا الشرح فراجع (الثانى)ان التصرف المزبور تصرف فى متعلق حق الغير نظير بيع العين المرهونة وهو لايكون نافذا لعدم كون ما تصرف فيه ملكا طلقا - و الاجازة اللاحقة من ذى الحق لاتجدى سواء كان الاجازة منه اسقاطا لحقه ام كانت انفاذ للمعاملة مثل اجازة المالك اما على الاول فواضح و اما على الثانى فلان العقد حين وقوعه لم يشمله دليل الصحة فكيف يشمله بعد حين واما بيع الفضولى فعنوانه يتغير بالاجازة ويصير عقد اللمالك بعد ما لم يكن عقد اله فيدخل فى عنوان

الدليل وهو عقد المالك (وفيه اولا) ان حق المشروط له متعلق بالفعل المتعلق بالمال لابنفس المال والمال متعلق للمتعلق ولادليل على اعتبار ان لايكون البيع متعلقا بما هو متعلق حق الغير - وبالجملة لايكون المال خارجا عن كونه ملك طلق (وثانيا) انه لوسلم ذلك ما ذكروجها لعدم نفوذ الاجازة اللاحقة يتم فان العقد له بقاء فاذا لم يشمله العمومات حين حدوثه لمانع وارتفع ذلك المانع بقاء يشمله العمومات لوجود المقتضى وعدم المانع . وبما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث مع مايرد عليه - كما ظهر ان الاظهر هى الصحة مطلقا .

المورد الثانى اذا فسخ المشروط له - ففيه وجوه (احدها) انفساخ العقد الثانى من حينه (ثانيها) انفساخه من اصله (ثالثها) الرجوع بالقيمة (رابعها) ماعن العلامة ره من التفصيل بين التصرف بالعتق فلايبطل لبنائه على التغليب فيرجع بالقيمة وبين غيره فيبطل وقد تقدم فى الموضع الاول تنقيح القول فى ذلك وعرفت ان الاظهر هو الثالث - وانما الكلام فى المقام فى خصوص التفصيل الذى ذهب اليه العلامة ره (اقول) انه بناء على عدم تمامية مااخترناه من الرجوع بالقيمة وانه ينفسخ العقد الثانى ماافاده متين لكن ينبغى ان يعلل بان الحر لايعود رقا - وايضا لازمه التعميم الى كل مورد ثبت فيه عدم جواز الرجوع كما لواشترى ارضا وجعله المشترى مسجدا فتدبر .

قوله قده كان للمشروط فسخه والزامه الخ المراد من فسخه فرضه كالعدم وعدم الاعتناء به اذا المفروض بطلانه فى نفسه بدون الاذن على مذهبه .

قوله قده نعم لولم نقل باجبار المشروط عليه الخ يعنى انه بناء على عدم الاجبار الكاشف عن كون وجوب الوفاء بالشرط حكميا لاحقيا يحكم بصحة العقد الثانى من جهة ان المانع عن صحة عقده كون المال متعلقا لحق الغير والمفروض عدم الحق فلامانع عن صحته .

قوله قده لان العتق مبنى على التغليب الخ هذا التعليل عليل فان بناء العتق على التغليب انما هو فيما لو انعتق بعض العبد كما لوا عتق احد الشريكين

حصته فانه ينعتق على شريكه الاخر حصته لذلك وهذا غير مربوط بالمقام - والاولى التعليل بما تقدم .

قوله قده وظاهره مااخترناه ويحتمل الخ يعنى ظاهره بطلان التصرفات الواقعة فى متعلق حق الشرط - ويحتمل ارادته جواز فسخ العقد الاول وانفساخ هذه العقود ايضا .

قوله قده كك لايسقط بالتصرف فيها الخ لااشكال فى انه يجوز وضعا وتكليفا للمشروط له التصرف فيما انتقل اليه لانه ملكه وليس متعلقا لحق الغير - ولو تصرف فان كان كاشفا عن اسقاط الخيار وقصد به ذلك لاكلام فى سقوطه لان له ذلك ولا يعتبر فى الاسقاط لفظ خاص - وان لم يكن كاشفا عنه اولم يقصد به ذلك لا يسقط وما فى بعض نصوص(١) خيار الحيوان من التعليل لمسقطية التصرف قدمر انه لايتعدى عنه الى ساير الخيارات .

فى اسقاط حق الشرط

قوله قده السادسة للمشروط له اسقاط شرطه الخ لااشكال فى ان للمشروط له اسقاط حق خيار التخلف - غاية الامر بعد التخلف بنحو التنجيز وقبله بنحو التعليق لو لم يكن تسالم على عدم السقوط بالسقوط المعلق (ثم ان) التخلف انما يتصور فى شرط الصفة اوالفعل دون شرط النتيجة لانها تحصل بمجرد الشرط وعدم ترتيب الاثر خارجا لايوجب الخيار - ولو اسقطه لايوجب ذلك ارتفاع وجوب العمل بالشرط وهو واضح - واما اسقاط حق الشرط - الذى عرفت انه حق - فملخص القول فيه - ان الشرط تارة يكون شرط النتيجة - واخرى يكون شرط الصفة - وثالثة يكون شرط الفعل - والا ولان لايتصور فيهما بقاء حق الشرط كى يقبل الاسقاط - اما الاول فلاستيفاء الحق بالشرط واما الثانى فلانه ان كان الوصف موجودا فهو والا فلا معنى لوجوب

---

(١) الوسائل باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١

الوفاء فلامحالة يسقط حق الشرط ولابقاء له فمورده شرط الفعل - وعليه فان قلنا بصيرورة الفعل المشروط ملكا للمشروط له لامعنى لاسقاطه ايضا لان مورده الحقوق لا الا ملاك وان قلنا بانه يصير متعلق الحق فهو قابل للاسقاط ولو اسقطه لايجب الوفاء بالشرط .

قوله قده وقد يستثنى من ذلك ماكان حقا لغير المشروط له الخ لاكلام في انه لو كان حقا لغير المشروط له ايضا في عرض حقه لايسقط باسقاط المشروط له اذلكل ذي حق اسقاط حقه لاالغيره والمشروط له بالاضافة الى حق من له الحق اجنبي وعليه فان كان حقان سقط حق المشروط له وبقي حق صاحبه وان كان حق واحد قائم باثنين لم يسقط باسقاط واحد منهما - ويتوقف سقوطه على توافقهما على الاسقاط - وان كان حق غيره في طول حقه فللمشروط له اسقاط حقه ومع سقوطه يرتفع موضوع حق صاحبه هذا كله مما لاكلام فيه .

انما الكلام في الصغرى - وقد مثلوا له بما اذا كان الشرط متعلقا لحق غير المشروط له - بالعتق - بدعوى - انه بشرطه يثبت حق للبايع لكونه المشروط له - وللعبد - ولله تعالى - و لذا ذهب العلامة و ولده والشهيدان الى انه لايسقط باسقاط المشروط له (اقول) لاكلام في انه حق للبايع - واماكونه حقالله تعالى - امالكونه واجبا اولاجل كونه تعبديا - وتقريب الاول - ان الفعل اذا وجب يخرج زمام امره عن يد المكلف ويكون بيدالله تعالى وهذا هو معنى الحقية والملكية - وتقريب الثاني - ان معنى التعبدية تعين العمل لله تعالى وذلك فرع استحقاقه له دون غيره (ويرد) على الاول اولا النقض بجميع الشروط فانها يجب الوفاء بها - وثانيا - ان الايجاب لايقتضي الملكية الاعتبارية اوالحق الاعتباري بل هو موجب لخروج زمام الامر عن يد المكلف تشريعا وهذا غير كونه متعلقا لحقه تعالى (ويرد) على الثاني - ان التعبدية غير تعين العمل لله بل هي عبارة عن اتيان العمل بما هو محبوب لله تعالى (ثم) على تقدير كونه حقا لله تعالى يمكن ان يقال انه في موضوع ثبوت حق البايع فلو اسقطه يسقط هو ايضا - واماكونه - حقا للعبد فاجاب عنه المصنف ره بجوابين - احدهما - ان انتفاع

الغير بالعمل غير سلطنته على المشترى-ثانيهما - ان حق العبد على فرض تسليم كونه حقا انما يكون موضوع حق البايع فيسقط باسقاطه ،

قوله قده اذا لم يبلغ حدالوجوب الخ بل وان بلغ ذاك الحدفان الوجوب غير الحق .

الشرط لايقسط عليه الثمن

قوله قده السابعة قدعرفت ان الشرط من حيث هوشرط لايقسط عليه الثمن الخ قبل الشروع فى البحث لابد من تقديم امرين .

الاول - ان مايؤخذ شرطا فى المعاملة على اقسام (احدها) الشروط الخارجية كخياطة الثوب ونحوها - اوملكية شيء آخروشبهها مما هومن قبيل شرط النتيجة (ثانيها) مايكون من قبيل الاوصاف لاحد العوضين (ثالثها) مايكون من قبيل كمية الاشياء و مقاديرها - لااشكال فى أن ما كان من قبيل الاول لا يقسط عليه الثمن لما مر (واما) القسم الثانى فما كان منه من قبيل الاوصاف العرضية ككون العبد كاتبا كك - واما ماكان من قبيل الصورة الجوهرية التى بها شيئية الاشياء وماليتها وتقع متعلقة للاغراض اولا بالذات وتبذل الاعواض بازائها كحمارية الحمار وذهبية الذهب ونحوها - فتخلفها يوجب بطلان العقد لتقوم حقيقة المعاملة بها ومع انتفائها لامعاملة والسر فيه ان المادة الهيولائية من حيث هى ليست بمال ولايبذل بازائها العوض (وانما) الكلام وقع فى القسم الثالث لاجل ان فيه جهتين - جهة الوصفية من حيث افادته لكون العين الشخصية متصفة بوصف كونهاكذا جزء وجهة ذاتية لانه يوجب اختلاف تلك الصورة الجوهرية زيادة ونقيصة .

الثانى - ان ظاهر ماعنونه المصنف ره فى بادى النظر النزاع فى المقام فى ان شرط تضمن المبيع لماهوجزء له حقيقة الذى بحسب جعل المتعاملين وقصدهما من قبيل الشرط - هل له خصوصية من بين ساير الشروط وبلحاظها حكم عليه شرعا بترتيب اثار الجزئية اولاخصوصية له - وهذا غير تام فان لازم القول بان له خصوصية

الغاء معاوضة المتعاملين و التعبد بمعاوضة اخرى وهو كما ترى (بل) النزاع فى المقام فى ان المبيع بحسب بناء المتعاملين هل هو المشروط اى الارض الشخصية مثلا وحال شرط المقدار حال غيره من الشروط او لوحظ المقابلة بالقياس اليه فى المعاملة والقائل بالتقسيط يقول بالثانى ـ ومآل كلام المصنف ره الى ذلك .

اذا عرفت هذين الامرين فاعلم ان المبيع تارة يكون متساوى الاجزاء و اخرى مختلفها و كل منهما اما يتبين النقص فيه و اما ان يتبين الزيادة فيه فالاقسام اربعة .

احدها ـ ما اذاكان المبيع متساوى الاجزاء وتبين النقص فيه (والمشهور) على ما نسب اليهم على تقسيط الثمن (وعن) جملة من الاساطين العدم (والاظهر) هو الاول فان ظاهر اخذ شىء شرطا و ان كان عدم جعل شىء من العوض بازائه الا ان الارتكاز العرفى فى شرط المقدار و الكمية بخلاف ذلك وهذا الارتكاز العرفى قرينة صارفة عن هذا الظهور ـ فقول البايع بعتك هذه الارض بشرط ان تكون جربان معينة بكذا درهم ـ فى قوة بعتك كل جريب بكذا ـ فعند التخلف يرجع مقدار من الثمن (ويشهد) لذلك مضافا الى انه مقتضى القاعدة خبر (١) عمر بن حنظلة المذكور فى المتن الذى احتج به الشيخ فى محكى النهاية و مورده و ان كان هى الارض وهى قيمية و القيمى ما لايتساوى اجزائه فى القيمة الا انه اذا ثبت ذلك فى مختلف الاجزاء يثبت فى متساويها بالاولوية لاختصاص مختلف الاجزاء ببعض الاشكالات على ما سيمر عليك

وقد استدل للثانى بوجهين (احدهما) ما عن جامع المقاصد وهو ان المبيع المقابل بمجموع الثمن هو الموجود المعين غاية ماهناك انه لايعلم بالنقصان فهو من فوات الوصف (و فيه) ان المبيع و ان كان هو الموجود الخارجى الا انه من جهة كونه متكمما بكم خاص كمالو اشتراه بما هو كك (ثانيهما) ماعن الجواهر (وحاصله) ان العين الشخصية لاتزيد ولاتنقص وقد جعلت مبيعا فلامحالة كل مقدار اخذ فيه فهو من باب اشتراط الوصف الذى لاشان له فى المبيع بل اثره الخيار عند

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب الخيار

التخلف (وفيه) ان العين الشخصية لاتزيد ولاتنقص بحسب الوجود الخارجي الا انها تزيد وتنقص بحسب فرض المتعاملين ومفروضهما هو المتكمم بكم خاص.

ثانيها ما اذا كان المبيع مختلف الاجزاء وتبين النقص فيه ـ والكلام في وجه التقسيط ما تقدم. وقد استدل على عدم التقسيط فيه مضافاً الى مامر بوجوه.

الاول ـ ما عن الايضاح و حاصله ـ ان الفائت بما انه لاتحقق له ولاممائل لايكون له تعين وجودي ولا تعين طبيعي كما في متساوي الاجزاء ـ فيستحيل تقويمه وما يستحيل تقويمه يستحيل تقسيط الثمن عليه ففواته كفوات صفة كمال (وفيه) ان الفائت وان كان لاتعين له واقعا الا انه جعل جزء مما فيه الجيد والردى في المعاملة وحيث انه ليس فيلغى من الثمن بذلك المقدار ـ مثلا اذا بيع الارض المختلفة الاجزاء بالسهولة والحزونة على انها عشرة ازرع ـ فتبين انها خمسة ازرع ـ فالفائت خمسة ازرع وقيمتها معلومة معينة فكيف يستحيل تقويمه.

الثاني ـ ماعن المبسوط (و حاصله) ان الفائت هنا لايعلم قسطه من الثمن لان المبيع مختلف الاجزاء فلايمكن قسمته على عدم الجربان (وفيه اولا) ما تقدم من ان الفائت جزء معين من الممتزج من الجيد والردى. مثلا اذا كان نصفه ناقصا يؤخذ من الثمن نصفه وهكذا (وثانيا) انه اذا كان قيمة الاجزاء مختلفة لابد وان يعين ان اى مقدار منها من الجيد و ايا منها من الردى حفظا من الغرر وعليه فالفائت يكون معلوما قسطه وهو واضح.

الثالث ـ ان عدم معلومية قسط الفائت من الثمن يوجب جهالة ثمن المبيع في ابتداء العقد مع عدم امكان العلم به عند الحاجة الى التقسيط (وفيه) مضافا الى ما مر ـ ان اللازم معلومية ما يقع مبيعا وما هو عوض عنه في مرحلة العقد بحسب بناء المتعاملين لاما يكون مبيعا واقعا وثمنا له كك ـ ولا جهل بما يعتبر العلم فالاظهر هو التقسيط هناك ايضا.

ثالثها ـ ما اذا كان المبيع متساوي الاجزاء وتبين الزيادة ـ والكلام فيه في موردين الاول ـ في حكم الزيادة وانها للبايع او المشتري ـ الثاني في الخيار وانه لهما او لاحدهما

(اما الاول) فان دلت القرينة على ان المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة - ففى المتن فالظاهر ان الكل للمشترى.ولكن الظاهر بطلان البيع ح للغرر- وان كان عدم الزيادة شرطا فان كان المبيع هو الموجود الخارجي واخذ عدم الزيادة شرطا بحسب بناء المتعاملين كان الزايد للمشترى وان كان المبيع هو المتكمم بكم خاص بقى الزايد فى ملك البايع-والارتكاز العرفى مساعد مع الثانى(واما الثانى) فعلى التقدير الاول فان كان الشرط من المشترى كان الخيار له.وان كان من البايع ثبت له وعلى التقدير الثانى كان الخيار للمشترى من جهة عيب الشركة.

وبما ذكرناه ظهر الحال فى القسم الرابع - وهو ما اذا تبينت الزيادة فى مختلف الاجزاء انحاله من جميع جهات الكلام حال القسم الثالث .

قوله قده الا ان الكبرى وهى ان كل شرط لايوزع عليه الثمن ممنوعة الخ

لاسبيل الى منعها بعد كون حقيقة الشرط تعليق الالتزام بالوفاء بالعقد على شيء فالاولى هو التعليل بما حققناه فراجع .

قوله قده وفيه ان عدم معلومية قسطه الخ عبارات نسخ الكتاب فى المقام مختلفة ففى بعضها هكذا وفى بعضها وفيه مضافا الى ان عدم معلومية الخ - وعلى الثانى فقوله بعد سطر ونصف .

وفيه منع عدم المعلومية الخ يكون غلطا والصحيح الغاء لفظة وفيه - وكيف كان(فمحصل) جوابه الاول ان جهالة القسط لاتقتضى ذهاب حق المشترى الا ان يقال برجوع الجهالة ح الى جهالة الثمن فالمعاملة باطلة رأسا - (وحاصل) - جوابه الثانى انه ان كان الارض متساوية الاجزاء قيمة يفرض كل جزء من الارض المشتراة على انها عشرة اجربة فانكشف انها خمسة جزئين - وان كانت مختلفة الاجزاء يؤخذ المقدار الناقص بوصف الموجود قيمة وكيفية .

قوله قده فان دلت القرينة على ان المراد الخ قد عرفت انه اذا فرض عدم التحديد من جانب الزيادة كانت المعاملة فاسدة للغرر .

قوله قده ولعل هذا اظهر الخ فيه منع بل المقامان من واد واحد فكما

ان هناك قلنا بان ظاهر الشرطية عدم جعل شيء بازاء الشرط الا انه في شرط الكم قرينة كلية صارفة وعليه بنينا على التقسيط كك لابد من القول به هنا بلاتفاوت .

قوله قده لان البايع لم يقصد بيع الزايد الخ حاصله عدم التطابق بين الايجاب والقبول فان البايع قاصد للاستثناء والمشترى قاصد للشرط (وفيه) انه ان كان ظهور الكلام في قصد البايع الاستثناء يكون بالنسبة الى المشترى ايضا كك كما انه لو كان ظاهرا في ارادة الشرط فبالنسبة الى كل منهما هكذا .

حكم الشرط الفاسد

قوله قده القول في حكم الشرط الفاسد - الاول ان الشرط الفاسد لا تامل في عدم وجوب الوفاء به، الخ لا يخفى ان فساد الشرط لامحالة يكون لانتفاء احد الامور المذكورة المعتبر بعضها في اصل كونه شرطا وبعضها في صحته . فلا كلام في عدم وجوب الوفاء به من حيث انه شرط لان معنى فساده عدم ترتب حكمه عليه - وهل يترتب عليه حكم الوعد ام لا - اقوال (احدها) انه وعد يترتب عليه حكمه (ثانيها) ما عن المحقق النائيني ره وهو انه لا يترتب عليه ذلك (ثالثها) ما في المتن و هو ترتبه على القول بعدم فساد اصل العقد (و الاظهر) هو الاول فانه انشاء التزام بشيء فهو وعد .

واستدل للثاني بان الوعد اخبار فلاربط له بباب الشروط التي هي من مقولة الانشاء (وفيه) ماتقدم في الجزء الحاديعشر من هذا الشرح في مبحث الكذب ان الوعد ربما يكون اخبارا وربما يكون انشاء كما اذا قال المولى لعبده اذا فعلت الفعل الفلاني اعطيتك درهما - فلا يكون الوعد مقابلا للانشاء .

واستدل - للثالث بان الشرط في ضمن العقد وعد مقيد لامطلق قيد بصحة العقد (وفيه) ان العقد مقيد به لاهو بالعقد بل هو مطلق غاية الامر انشأ في ضمن انشاء العقد .

ثم ان المهم في المقام بيان ان الشرط الفاسد مفسد للعقد ام لا - والكلام فيه

فى موردين (الاول) فى تعيين محل النزاع وبيان الاقوال (الثانى) فيما هو الحق وما استدل به على كل من الاقوال (اما الاول) فان كان فساد الشرط موجبا لاختلال العقد نفسه كالشرط المنافى لمقتضى العقد بطل العقد بلاكلام وليس هو محل النزاع كما انه لاكلام فى البطلان اذا كان فساده موجبا لاختلال شيء من الامور المعتبرة فى العوضين كما لو اشترط وجود وصف مجهول فى احد العوضين او احداثه فيه فانه يوجب الجهالة فيهما ـ والى هذا نظر الماتن حيث .

قال ولا تامل ايضا فى ان الشرط الفاسد لاجل الجهالة يفسد العقد لرجوع الجهالة فيه الى جهالة احد العوضين والا فشرط ما هو اجنبى عنهما لا يوجب الجهالة فيهما ـ او اشترط ـ امرا غير مقدور موجبا لتعذر تسليم احد العوضين ـ كما لو بيع الزرع بشرط ان يجعل سنبلا (واما) اذا اشترط امرا غير مقدور لاربط له بالعوضين كما لو باع الثوب بشرط ان يجعل الزرع سنبلا فهو داخل فى محل الكلام (او) اشترط شرطا اوجب سلب المالية عن احد العوضين ـ كما لو باع الخشب بشرط ان يجعله صنما ـ فان مرجع هذا الشرط الى حصر المنافع فى المحرمة وسلب المحللة منه فيوجب سلب المنفعة والخروج عن المالية اذ لا منافع المحللة لا يجوز استيفائها للشرط والمنافع المحرمة سلبها الشارع عنه فيخرج عن كونه مالا فاكل المال على هذا الوجه اكل للمال بالباطل فتامل وهذا هو مراده قده من قوله .

لان المعاملة على هذا الوجه اكل للمال بالباطل انما الكلام فيما اذا لم يكن مخلا بالعقد ولا بشرائط العوضين ـ والاقوال فيه ثلاثة (احدها) ما عن الشيخ والاسكافى وابنى البراج وسعيد وهو القول بعدم الافساد (الثانى) ما عن اجلة المتاخرين كالعلامة والشهيدين والمحقق الثانى وغيرهم وهو الافساد (ولا يخفى ان المصنف نسب الى من تقدم بعكس ما ذكرناه ولعله سهو من قلمه الشريف) والاولون على قولين ـ الصحة مع الخيار ـ وبدونه ـ واما التفصيل المنسوب الى ابن زهرة وهو التفصيل بين الشرط غير المقدور كصيرورة الزرع سنبلا وبين غيره من الشروط الفاسدة فالظاهر عدم كونه تفصيلا فى ما هو محل النزاع لرجوع القسم الاول فى كلامه الى

مايوجب خللا فى شروط احدالعوضين الذى عرفت خروجه عن محل النزاع - وكيف كان فيشهد للصحة وعدم الافساد العمومات الدالة على مشروعية المعاملة تاسيسا اوامضاء .

وقد استدل للقول بالفساد بوجوه (احدها) ماعن الشيخ فى المبسوط وهو ان للشرط قسطا من العوض مجهولا فاذا سقط لفساده صار العوض مجهولا - واجاب المصنف ره عنه باجوبة اربعة (الاول) النقض بالشروط الفاسدة فى النكاح المرتبطة بالمهر - فانهم تسالموا على ان فسادها لايوجب فساد عقد المهر الذى يتضمنه عقد النكاح المنحل الى عقدين - انشاء علقة الزوجية بين الزوجين وعقد المهر وهو تعين ذاك الامر الكلى الثابت على الزوج بازاء تسلطه على البضع فى مقدار معلوم اوفى عين معلومة حيث ان لازم فساده الرجوع الى مهر المثل وقد حكموا بصحته وانه يرجع الى المهر المسمى - وبهذا يظهران تطويل الكلام فى المقام فى ان الشرط الفاسد فى النكاح غير المرتبط بالمهر هل يكون مفسداله املا اجنبى عما هو محل النقض (الثانى) انه لامقابلة بين الشرط واحد العوضين وقد تقدم تفصيل القول فيه وعرفت ان الشرط ليس جزءاً من احد العوضين ولاقيداله - وانما الشرط التزام مستقل قيد الالتزام بالوفاء بالعقد به (وما) افاده المحقق الايروانى ره من ان العوض وان كان لايقابل القيد ولا التقيد ولكنه مقابل للمقيد بماهو مقيد لاذات المقيد (قدمر) جوابه وعرفت ان المقيد منحل الى ذات المقيد والتقيد واذاكان التقيد امرا انتزاعيا لايقابل بالمال كان المقابل للعوض لامحالة ذات المقيد غاية الامر القيد يصير داعيا الى بذل المال فى مقابل الذات ازيد مما يبذل لولا القيد (الثالث) انه مع تسليم المقابلة لانسلم الجهالة اذليس العوض المنضم الى الشرط والمجرد عنه الاكالمتصف بوصف الصحة والمجرد عنه فى كون التفاوت بينهما مضبوطا فى العرف (وفيه) انه مع فرض المقابلة مجرد الانضباط لدى العرف لايكفى بل لابد من المعلومية عند المتبايعين (الرابع) ان اللازم العلم بماهو مبيع وثمن فى مرحلة البيع والانشاء واما العلم بمايصير مصداقا للمبيع اوالثمن فلايكون معتبرا ولذافى بيع مايملك ومالايملك التزمنا بالصحة مع عدم معرفة المبيع والثمن

الافى مرحلة الانشاء ـ وهذا حسن .

ثانيها ان التراضى انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص فاذا تعذر الخصوصية لم يبق التراضى لانتفاء المقيد بانتفاء القيد فالمعاوضة المنشأة عن تراض لم تقع والمعاوضة بدون الشرط تحتاج الى تراض جديد وبدونه تكون من قبيل اكل المال بالباطل .

اقول يرده مضافاالى النقوض المذكورةفى المتن التى ستمر عليك ـ انالشرط ان كان من قبيل الصورة النوعية لما وقع عليه العقد لامحالة يكون مقابلا للعوض اذلايصح المبادلة بين المادة الهيولائية والثمن لانه لامالية لها ـ وان كان من قبيل العوارض الخارجية فهو خارج عن العقد والمعاوضة ولايكون قيد اللبيع ولا لاحد العوضين ـ بل هو التزام قيد الالتزام بالوفاء بالعقد به فالالتزام البيعى يكون مطلقا غير معلق و قد تحقق عن الرضا و طيب النفس بالمعنى المعتبر فى صحة المعاملةوقد تقدم تفصيل القول فى ذلك ـ والظاهر انهذا مراد المصنف رهمماذكره فى المقام لاان يكون مراده ـ ماذكره جمع منهم المحقق الخراسانى ره ـ من ان التقييد يوجب تعدد المطلوب اذالم يكن القيد مقوماالحقيقة المبيع ووحدةالمطلوب اذاكان مقوما (بتقريب) ان العقلاء بنائهم فىمقام المعاملة علىاخذماهو دخيل فى اصل الغرض المعاملى بنحو التقويم وعلى اخذ مالادخل له فىاصل الغرض بل فى مرتبة منه بنحوالشرطية ـ وفى القسم الثانى حيث لم يتخلف الغرض الاصلى فلابطلان للبيع بما هو بيع وحيث تخلف الغرض الاقصى وهو ايضا غرض عقدى معاملى ـ فيثبت الخياروعليه فلا تفيد لاصل الرضا بالبيع فانه(يرده) ان هذا لايوجب التفاوت بين ماهو الركن وغيره اذغير الركن ربما يكون دخيلا فى اصل الغرض (وبالجملة) ان ذلك ليس امرا مضبوطاكى يمكن دعواه فى جميع العقود بل يختلف باختلاف الاغراض والدواعى .

قوله قده كما اذاتبين نقص احد العوضين الخ فانه لايوجب فساد العقد قطعا بل يقسط الثمن بنسبته ويصح فى الباقى وللمشترى الخيار لانتفاء شرط الانضمام.

وبذلك ظهر ان مرجعه الى انتفاء الشرط ايضا ـ فما عن جامع المقاصد من ان الفرق بينه وبين الشرط عسر جدا ـ في غير محله ـ فانه عينه كما عرفت .

قوله قده وكالشروط الفاسدة في عقد النكاح الخ نقضه في المقام انما يكون بالشروط الفاسدة غير المربوطة بعقد المهر بل بعقد النكاح نفسه ـ وعدم ابطالها مطلقا وان لم يكن ثابتا الان في بعض الموارد اتفق النص (١) والفتوى على عدم الافساد وهذا يكفي في النقض .

قوله قده وتقدم ايضا ان ظاهرهم ان الشرط الغير المذكور في العقد لاحكم له الخ يمكن رفع هذا النقض بانه في باب الانشائيات لايعتنى بالبنائات والالتزامات القلبية مالم تبرز فهو في حكم العدم فتدبر (وبه) يظهر امكان دفع ماقبله ـ انما لايكون مقصود اللاعقلاء لايكون في الحقيقة قيدا .

ثالثها ـ النصوص الخاصة الواردة في المقام ـ منها ـ خبر (٢) عبدالملك بن عتبة عن الكاظم عليه السلام عن الرجل ابتاع منه طعاما او ابتاع منه متاعا على ان ليس على منه وضيعة هل يستقيم هذا وكيف يستقيم وجه ذلك قال عليه السلام لاينبغي ـ وتقريب الاستدلال على مافي محكى المختلف المذكور في المتن ـ ان الظاهر ارادة الحرمة لا الكراهة انه مع صحة العقد لاوجه لكراهة الوفاء بالوعد (توضيحه) ان منشأ حرمة العقد او كراهته هو حرمة الشرط او كراهته ـ وحيث ان كراهة الشرط لامعنى لها فان مافي ضمن العقد الصحيح وعد يستحب الوفاء به فلابد من حمله على ارادة الحرمة الوضعية فيدل الخبر على ان العقد فاسد لفساد شرطه (واجاب عنه) المصنف ره بما حاصله ـ ان كراهة البيع وان لم يكن لها منشأ سوى كراهة الشرط لكن غاية الامر كراهة الاشتراط لا العمل بالشرط ولامنافاة بين كون الاشتراط مكروها والعمل بالشرط واجبا اومستحبا .

---

(١) الوسائل باب ٢٩ ـ من ابواب المهور كتاب النكاح

(٢) الوسائل باب ٣٥ ـ من ابواب احكام العقود كتاب التجارة .

اقول ـ ان هذا الخبر لايصح الاستدلال به لضعفه سندا ودلالة (اما الاول) فلان راوى الخبر عبدالملك بن عتبة الهاشمى الملكى لا الصيرفى الكوفى الثقة ـ بقرينة روايةعلى بن الحكم عنه ـ وهومجهول لم يوثق(واماالثانى) فلوجوه(احدها) ان الخبر متضمن لسؤالين احدهما السؤال عن صحة البيع بهذا الشرط ثانيهما السؤال عن صحة الشرط وتسلط المشترى على اخذ الخسارة منه ـ ومن الجائز رجوع قوله عليه‌السلام لاينبغى الى الثانى دون الاول فهواجنبى عن المقام (ثانيها)ان لاينبغى لولم يكن ظاهرا فى الكراهة لا يكون ظاهرا فى الحرمة التكليفية او الوضعية (ثالثها) انه لوسلم ظهوره فى الحرمة الوضعية اى الفساد غاية ما يستفاد منه اعتبار عدم هذا الشرط فى صحة البيع وهذااعم من مفسدية الشرط الفاسد ـ

ثم ان ـ الربح والخسارة بما انهما تابعان لنفس المال و يستحيل ان يكونا لغير صاحب المال ـ فان كان الشرط كون الخسارة على البايع كان شرط امر غير معقول .. و ان كان الشرط تدارك الخسارة فهو معقول لااشكال فيه ـ وظاهر الخبر هو الاول .

ومنها ـ ماورد فى بيع العينية والمشهورفيه ماهو المعهود المتداول بين الناس تخلصا عن الربا وهو ان يشترى السلعة بثمن مؤجل ثم يبيعها من بايعها باقل من هذا الثمن نقدا متبانيا على ذلك قبل العقد ـ كخبر (١) الحسين بن المنذر عن الصادق عليه‌السلام عن الرجل يجيئنى فيطلب العينية فاشترى له المتاع مرابحه ثم ابيعه اياه ثم اشتريه منه مكانى قال اذا كان هو بالخيار ان شاء باع وان شاء لم يبع وكنت انت بالخيار ان شئت اشتريت وان شئت لم تشتر فلاباس وخبر (٢) على بن جعفر عن اخيه عليه‌السلام عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم الى اجل ثم اشتراه بخمسة دراهم بنقد ايحل قال عليه‌السلام اذا لم يشترط و رضيا فلاباس (و تقريب) الاستدلال بهما انهما بالمفهوم يدلان على ثبوت الباس اذا لم يكونا مختارين واشترطا البيع بالشرط الملزم و هو

(١ ـ ٢) الوسائل كتاب التجارة باب ٥ من ابواب احكام العقود حديث٤ـ٦

مافي ضمن العقد .

و عليه فاما يدل على فساد البيع الاول فهو المطلوب او يدل على فساد الثاني وحيث لامنشأ لفساده سوى فساد الاول فيثبت المطلوب (وفيه) ان البيع المشروط بالشرط المذكور باطل اجماعا ونصا والتزم بالبطلان فيه من لم يلتزم بمفسدية الشرط الفاسد وان شئت قلت ان البيع محكوم بالفساد لهذا الشرط الذى ليس بفاسد فى نفسه وبعبارة اخرى ان الفساد فيه مختص بالعقد مع صحة شرطه فى حد نفسه .

واجاب المصنف ره عنهما بجواب آخر ـ وهو ان ظاهر السؤال والجواب خصوصا بقرينة حكاية فتوى اهل المسجد هو رجوع الباس الى الشراء ولا ينحصر وجه فساده فى فساد البيع لاحتمال ان يكون وجهه عدم الاختيار فيه الناشى عن التزامه فى خارج العقد الاول اذ اهل العرف لايفرقون فى الزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين الابتدائى منه والواقع فى متن العقد فالشراء صادر بتوهم اللزوم ومن غير طيب النفس فيفسد (وفيه) ان ذلك لو اوجب عدم الرضا الموجب للفساد لما كان فرق بين الشرط الصحيح والفاسد ولا يمكن الالتزام بالفساد فيما اذا كان البيع شرطا فى ضمن عقد يجب الوفاء به (وحل ذلك) ان مثل هذا عدم الرضا لايوجب البطلان بل الموجب هو الصادر عن غير اختيار او عن اكراه فينحصر وجه الفساد فى فساد البيع الاول (مع) ان حمل الشرط على الخارج عن العقد خلاف الظاهر فانه فاسد فى نفسه لامن جهة تعلقه بالبيع الثانى وظاهرهما كون الفساد لهذه الجهة فالحق ما ذكرناه ـ فتحصل انه لادليل على المفسدية ومقتضى العمومات العدم مضافا الى بعض النصوص الخاصة الذى سيمر عليك فالحق انه لايفسد العقد .

قوله قده مخالف لتعليل فساده فى هذه الرواية(١) اشارة وفى غيرها صراحة بكونه مخالفا الخ (وفيه) ان التعليل فى غير هذه الرواية لايجدى وفى هذه الرواية لاتعليل بل قوله ﷺ الولاء لمن اعتق حكم ابتدائى لاتعليل لفساد الشرط حتى يقال

---

(١) الوسائل باب ٥٢- من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث٢

انه لو كان الشرط فى خارج العقد كان التعليل لفساده بعدم المقتضى اولى من التعليل له بوجود المانع - فالاولى ان يقال ان ظاهرها كون الشرط فى ضمن العقد .

قوله قده فان الحكم بوجوب الوفاء بالاولين دون الثالث مع اشتراط الجميع فى العقد الخ اورد عليه المحقق الايروانى ره بان ظاهر الخبر بقرينة قوله اذا اشترط ان الجواب قضيتان عامتان هما بطلان شرط الميراث وصحة الشرطين الاخرين فاذا طبقت على المورد اقتضى بطلان شرط الميراث اذا قيل بالسراية بطلان العقد و اذا بطل العقد بطل الشرطان الاخران لا نتفاء الموضوع لا لاجل فسادهما فى حد انفسهما (وفيه) ان الظاهر من السؤال هو السؤال عن حكم واقعة شخصية و هو بيع الجارية مع اشتراط هذه الامور الثلاثة و حمل الجواب على ارادة بيان حكمين كليين خلاف الظاهر فالظاهر منه صحه العقد و الشرط و فساد الشرط الثالث فيدل على المطلوب .

قوله قده كان الامر بالوفاء محمولا على الاستحباب ويتم المطلوب الخ تمامية يتوقف على ان الشرط الفاسد فى ضمن العقد الصحيح وعد يستحب الوفاء به واما اذا كان العقد فاسدا فلا وعد كى يستحب الوفاء به وقد تقدم بطلان ذلك فراجع.

قوله قده فان قوله فانها تورث يدل على بقاء البيع الخ اورد عليه المحقق الايروانى ره بانه يمكن ان يكون المراد ان كل مملوك لاينفك عن كونه موروثا لمالكه وعليه فغاية مدلوله ان شرط عدم الارث باطل لايؤثر فى رفع حكم الارث من غير تعرض لحكم العقد المتضمن لهذا الشرط (اقول) تاييدا له ان قوله فانها تورث بمنزلة الصغرى لقوله كل شرط خالف الخ ومجموع القضية علة لقوله غير الميراث فمفاد الخبر(١) ان شرط عدم الارث لايجوز لكونه خلاف الكتاب والسنة ولايكون متعرضا لحكم العقد وبه يظهر ما فى قوله بل يمكن ان يستفاد من قوله بعد ذلك الخ

قوله قده وقد يستدل على الصحة بان صحة الشرط فرع على صحة البيع الخ

(١) الوسائل باب ٥ - من ابواب بيع الحيوان حديث ١

حق الجواب عن الدور-ان صحة العقد لا تتوقف على وجود الشرط فضلا عن صحته نعم على القول بمفسدية الشرط الفاسد تتوقف على عدم الاشتمال على الشرط الفاسد وهو لايتوقف على صحة العقد كما هو واضح (مع) ان المراد من الشرط الفاسد المتوقف على عدم صحة العقد ليس هو الفاسد من جميع الجهات بل الفاسد من الحيثيات الراجعة الى الشرط نفسه من غير جهة لزوم وقوعه في ضمن العقد- وصحة الشرط المتوقفة على صحة العقد هي صحته من ناحية لزوم وقوع الشرط في ضمن العقد فكل من المتوقف والمتوقف عليه غير الاخر فتدبر فانه دقيق.

الشرط الفاسد يوجب الخيار

قوله قده ثم على تقدير صحة العقد ففي ثبوت الخيار للمشروط له الخ

الكلام يقع في مقامين (الاول) في الخيار بناء على كون خيار تخلف الشرط على القاعدة كما اخترناه (الثاني) في الخيار بناء على كونه على خلاف القاعدة ثابتا بادلة نفي الضرر (١) (اما الاول) فمقتضى القاعدة ثبوت الخيار و ان كان عالما بالفساد من جهة انه علق الالتزام بالوفاء بالعقد على الشرط والمفروض عدمه ولا فرق في ذلك بين كون عدمه قهريا كتعذر الشرط او اختياريا كتخلف المشروط عليه عن العمل بالشرط او لمنع شرعي كفساد الشرط (نعم) لازم ماذكرناه عدم الخيار لو فرض اتيان المشروط عليه بالشرط اذا كان من الافعال وان كان معصية كما لو اشترط شرب الخمر فشربها فالخيار انما يكون في شرط النتيجة وشرط الفعل مع عدم العمل.

و اما المقام الثاني - ففي صورة العلم بالفساد لاخيار لانه مع العلم قد اقدم على ضرره فلا يعمه دليل الضرر- و اما في فرض الجهل-فقد اورد المصنف ره على القول بدلالة حديث نفي الضرر على ثبوت الخيار هنا بوجوه بعضها مختص بالجهل بالحكم اذا كان عن تقصير (الاول) انه لايصلح لتاسيس حكم شرعي اذا لم يعتضد بعمل

---

(١) ص ١٢٥

جماعة لان المعلوم اجمالا انه لوعمل بعمومه ازم منه تاسيس فقه جديد (و فيه) ان اشكال لزوم تخصيص الاكثر فى الحديث لخروج ابواب الجنايات والضمانات والتعزيرات والخمس والزكاة والجهاد وغيرها لوابقى الحديث على ظاهره اشكال تعرض له الشيخ الاعظم فى رسالته واجاب عنه بان الخارج اذا كان بعنوان واحد جامع لامحذورفيه وقد اجبنا عنه باجوبة اخر فى الرسالة التى وضعناها للبحث عن الحديث واثبتنا تبعا لقدماته لامحذور فيه من هذه الناحية و ان كل مورد دل الدليل على خروجه عن الحديث نلتزم به وفى غير ذلك يكون المرجع عموم الحديث ولامحذور فيه (الثانى) ان ضرورة الشرع قاضية فى اغلب الموارد بان الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لايتدارك - (وفيه) ان المقصود ليس رفع الضرر المترتب على فساد الشرط وفقده بل رفع الضرر المترتب على لزوم العقد الصحيح (الثالث) ان مقتضى تلك الادلة نفى الضرر غير الناشى عن تقصير المتضرر فى رفعه - والوجه فى ذلك صدق الاقدام على الضرر بترك التعلم للحكم عمدا فى صورة التقصير فلايشمله الحديث (وفيه) انه لم يدل دليل على عدم الشمول فى صورة الاقدام كى يدور الحكم مدار صدق الاقدام و عدمه - بل انما نلتزم بعدم الشمول فى صورة العلم من جهة انه وارد مورد الامتنان ولا امتنان فى الرفع مع العلم وهذا الوجه لايجرى فى الجهل بالحكم اذا كان عن تقصير (فتحصل) ان الاظهر ثبوت الخيار فى فرض الجهل على هذا المسلك ايضا.

لو اسقط المشروط له الشرط الفاسد

قوله قده لو اسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بافساده الخ

المراد من اسقاط الشرط الرضا بالعقد مجردا عن الشرط (و قد استدل) المصنف لعدم صحة العقد بذلك ان العقد وقع فاسدا فلا ينفع اسقاط المفسد (ثم) استدل على الصحة بان الفساد كان لاجل عدم الرضا فاذا رضى بالمجرد صح (واجاب) عنه بان متعلق الرضا لم يعقد عليه اى لم يعقد على المجرد ومتعلق العقد وهو المقيد بالشرط لم يرض به (وفيه) ان الشرط التزام خارج عن الالتزام العقدى

ومتعلق الالتزام العقدى نفس المقيد لامع القيد والمفروض انه المرضى به (والحق) ان يقال ان منشأ القول بالافساد ان كان فقد الرضا صح العقد ـ وان كان جهالة العوض اوالنص الخاص لم يصح وهوواضح .

قوله قده و بالجملة فهل يثمر الخ هذا بيان لما ذكره من وجهى الاشكال اذالمراد من الصحة التى ذكرها اولا هى الصحة المراعاة بالاسقاط .

قوله قده ولا يعرف وجه لماذكره من احتمال الايقاف الخ مراده عدم الوجه الصحيح و الافالايقاف هى الصحة المراعاة التى ذكرهو قده فى اول المسألة وجهها وقويناه والله العالم .

لوذكر الشرط الفاسد قبل العقد

قوله قده الثالث لوذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا الخ وقد بنى المصنف ره القول بالصحة والفساد فى الشرط الفاسد المذكور قبل العقد غير المذكور فيه بناء على ان الشرط الفاسد مفسد له ـ على القول بتاثير الشرط المتقدم غير المذكور وعدمه. (واورد عليه) ـ اكثر المحققين من المحشين بماحاصله ان افساد الشرط الفاسد للعقد لايدور مدار صدق لفظ الشرط بل مدار تقيد الرضا بامر لم يسلم اوالجهل بما قابل المبيع من الثمن وكل من الامرين حاصل بمجرد القصد بلاحاجة الى اللفظ (وفيه) انه فى باب العقود و الايقاعات لايعتنى بالاغراض و الدواعى النفسانية مالم تنشأ فاذا فرضنا ان الشرط المتقدم غير المذكور فى العقد ذكره قبل العقد كالعدم لايكون مقيد اللعقد وان شئت قلت انه كما لاعبرة بالرضا النفسانى بشىء ما لم يبرز ـ كك القيد النفسانى غير المنشأ لا يصلح للتقييد فى باب المعاملات ـ فما ـ افاده المصنف ره ـ متين

و قد يقال ـ كما فى محكى المسالك بدوران الصحة والفساد مدار العلم بان الشرط المتقدم لاحكم له والجهل به نظرا الى انه مع العلم بالفساد لايوقع العقد مبنيا على الشرط فيصح العقد ومع جهله بالفساد يوقع العقد مبنيا عليه بطبعه فيفسد (وفيه اولا) ما تقدم من انه مع عدم تأثير الشرط المتقدم لا حكم لوقوع العقد

مبنيا عليه (وثانيا) انه لافرق بين صورتى العلم والجهل فكما انه فى صورة الجهل بالفساد يوقع العقد مبنيا عليه كك فى صورة العلم يمكن ايقاعه مبنيا عليه فالتفصيل فى غير محله .

قوله قده ثم حكى اعتراضا على المحقق قده وجوابا عنه الخ محصل الاعتراض ان لازم تبعية العقد للقصد الحكم بالفساد اذ المقصود هو المقيد بالشرط والمعقود عليه هو المجرد عن القيد فلا تطابق بين القصد والعقد (وحاصل الجواب) ان العقد تابع للقصد بمعنى ان ما يقع لابد وان يكون مقصودا - واما كل مايقصد لابد وان يقع فلا - وبعبارة اخرى - ان مايقع لابدوان يكون مقصودا - واما فى مالا يؤثر العقد بالنسة اليه وان كان مقصودا فلا يعتبر تطابق العقد والقصد - وعليه - فقوله فى الجواب ان القصد وان كان معتبرا فى الصحة فلايعتبر فى البطلان يكون المراد منه انه لايعتبر فى ما لايؤثر العقد بالنسبة اليه مطابقة العقد للقصد - وقوله لتوقف البطلان الخ راجع الى المنفى يعنى انه تعليل لتوهم الاعتبار - فالمتحصل انه لايعتبر المطابقة فى طرف البطلان بتوهم انه كالصحة منوط بموافقة القصد واللفظ.

قوله قده وفيه منع ظاهر الخ يظهر بماذكرناه فى شرح كلام المجيب عدم ورود هذا الايراد عليه فان المجيب لم يكن منكر الكفاية تخلف احدهما فى البطلان بل كان يدعى انه فى عدم تاثير العقد فيما ليس من مدلوله لايعتبر مطابقة العقد للقصد

قوله قده و الذى ينبغى فهمه الخ الظاهر انه تصحيح لاصل المسألة (وحاصله) ان من يبيع مااشتراه من بايعه ان كان بيعه منه مشروطا فى ضمن البيع الاول بطل وان لم يكن مذكورا وان كان قاصدا لذلك وتواطئا عليه قبله ووثق البايع بذلك لايكون مفسدا لعدم كون ذلك تقييد اللبيع .

قوله قده لو كان فساد الشرط لاجل عدم تعلق غرض معتد به الخ ماذكر وجها لعدم مفسديته من ان هذا الشرط لمالم يجب شرعا العمل به ولم يكن فى تخلفه او تعذره خيار خرج عن قابلية تقيد العقد بهه - لو تم اقتضى عدم مفسدية الشرط

الفاسد مطلقا بلااختصاص بهذا الشرط (والحق) ان يقال انلغوية الشرطوانأوجبت عدم تقيد العقد به عندالعقلاء بماهم عقلاء الاانها لاتنا فى تقيد العقد به بحسب قصد المتعاقدين وعليه فيجرى فيه ماذكرفىالشروط الفاسدة الاخر- وبذلك ظهر تماميةماافاده المصنف ره فىالمقام .

الكلام فى احكام الخيار - ارث الخيار

قوله قده الخيار موروث بانواعه الخ ارث الخيار يتوقف على امرين (الاول) كون الخيار حقا لاحكما شرعيا (الثانى) كونه باقيا بعد الموت ولايكون من الامور القائمة بشخص مخصوص فالكلام يقع فىمقامين .

اماالاول - فقداستدل له (بالاجماع) -(وبالاجماع) على سقوطه بالاسقاطفان الحكم لايقبل الاسقاط (وبالتعليل)فىخبرخيارالحيوان(١)لانتفائهبالتصرف بانهرضا (ويرد) على الاخيرماتقدم من انه تعبد بكون التصرف رضا بالعقدواجازةلهولاكلام فىانه فىالبيع الخيارىكما لمن له الخيار فسخ العقدكك له اجازته وامضائه وجعله لازما وهذا غيركونه حقا (اللهم) الا ان يقال ان اجازة العقد وامضائه توجب اللزوم من جهةكونها اسقاطا للخياركما تقدم (ويمكن) ان يستدل له بان لزوم البيع حقى لاحكمى ولذا يكون جعل الخيار فيه مشروعانصا وفتوى فكك الخيارالذىيقابله- بلنفس مشروعية جعلالخيار دليلكونه حقالان الحكم امره بيد جاعله وهو الشارع ولا يعقل التسبيب اليه بايجاده - هذا كله مضافا الى تسالمالاصحاب علىترتيب آثار الحق عليه .

واما الثانى- فحيث ان جملة من الحقوق لاتكون قابلة للانتقال اوالانتقال بالارث منجهةكون الموضوعمقوما كحق التولية الملحوظ فيه شخص خاصاوكون الموضوع عنوانا ماخوذا على نحو الحيثيةالتقييدية كالحق المجعوللاعلماهل البلد

---

(١) الوسائل باب ٤منابواب الخيار حديث ١

اوكونه مغيا بغاية يستحيل عدم تحققها بعدالموت كخيار المجلس المغيا بالافتراق المتحقق بالموت قهرا ومثل هذه الحقوق لاتورث - فلابد من اثبات ان حق الخيار ليس من قبيل هذه الحقوق بل هو حق قابل للانتقال بالارث ويكون باقيا بعدالموت (ودعوى) ان عمومات الارث مثل قوله (١) تعالى فان كن نساءاً فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك . وقوله (٢) عزوجل ولكم نصف ماترك ازواجكم - والنبوى (٣) ماتركه الميت من مال فلو ارثه - تكفى لاثبات كونه قابلا للانتقال - و الاستصحاب يثبت بقائه بعد الموت فبضم الاستصحاب بعمومات الارث يثبت ذلك (مندفعة) بان ذاك الحق القائم بالمورث زال قطعا لتقومه به والشك انما هو فى حدوث حق للوارث فالمشكوك غير المتيقن - وان اريد استصحاب كلى الحق فمضافا الى انه من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلى - لايجدى لاثبات الحق للوارث وان ابيت ماذكرناه فلااقل من الشك فى الموضوع لاحتمال كون المستحق مقوما للموضوع اويكون استحقاقه لاجل عنوان منطبق عليه مفقود فى الوارث فلا يجرى الاستصحاب فالعمدة فى اثبات كونه قابلا للانتقال الى الورثة هو الاجماع وبعد ذلك يدخل فى عموم ادلة الارث .

وقد يقال كما عن جمع منهم المحقق الايروانى ره - ان الخيار غير قابل للارث بوجه فان الخيار سلطنة من ذى الخيار على متعلقه وربط خاص بينهما - كما ان الملك استيلاء بين المالك والمملوك وربط خاص بينهما وكل من الربطين غير قابل للارث لانهما نسبتان قائمتان بنفس الشخص واذاماتت انعدمت هذه النسبة ولم تبق حتى يصدق عليها عنوان ماترك نعم عين المال متروك فى الاموال فيحكم بارثه يعنى حدوث نسبة اخرى للوارث شبه تلك النسبة التى كانت للمورث - واما فى الحقوق فعين الاموال المتعلقة لها اموال الاخرين لايصدق انها مما تركه الميت كى يحدث للورثة حق فيها شبه ماكان لمورثهم ولذالايحكم بارث الحقوق المستحبة (وفيه) انه

(١-٢) النساء آية ١١و١٢

(٣) اصول الكافى ج١ ص٤٠٦

كما يكون للملكية قسمان من المتعلق حقيقى ـ كالعين الخارجية ـ واعتبارى ككلى الحنطة الباقية فى الذمة ـ كك يكون للحق قسمان من المتعلق حقيقى ـ كالارض المحجرة بالنسبة الى حق الاولوية ـ واعتبارى كالعقد الذى هو متعلق حق الفسخ ـ وعليه فكما يقال فى الملك ان الموروث هو المتعلق لا الملكية و انما تحدث الملكية بادلة الارث كك يقال فى الحق ان الموروث هو المتعلق وبدليل الارث يحدث الحق فتدبر فانه دقيق ـ واما عدم ارث الحقوق المستحبة فوجهه كون المستحق مقوما لا موردا .

ارث الخيار ليس تابعا لارث المال

قوله قده بقى الكلام فى ان ارث الخيار ليس تابعا لارث المال فعلا الخ

قسم حق الخيار باعتبار مورده الى اقسام .

الاول ـ مورد استغراق الدين للتركة وقد ارسل المصنف ره ارث الخيار فيه ارسال المسلم ـ واورد عليه السيد الفقيه ره ـ بان الاشكال الاتى فى الزوجة بالنسبة الى العقار جار فيه ايضا ـ ثم قال بل يمكن ان يقال بعدم الارث فى المقام وان قلنا به فى الزوجة من حيث ان ما دل على ممنوعيته من الارث لاصل التركة وهو قوله تعالى (١) من بعد وصية يوصى بها اودين وغيره من الاخبار (٢) يدل باطلاقه او فحويه على عدم الارث للحق المتعلق بها ايضا فانه مزاحم للدين (اقول) اما الاشكال الاتى فى الزوجة واجماله ان حرمانها من المال المتروك يوهم حرمانها من الخيار المتعلق به كما سيأتى تفصيله فهو لا يجرى فى الدين المستغرق اما بناء على ما اختاره المصنف ره من انتقال التركة الى الورثة فواضح واما بناء على عدم الانتقال فلان الاستغراق مانع عن ارث ما يمكن وفاء الدين به وهو المال دون حق الخيار ـ وهو

---

(١) النساء آية ١١

(٢) الوسائل باب ٢٨ من ابواب احكام الوصايا

ليس مزاحما للدين فلو كان مزاحم فهو اعماله ويمكن ان يقال انه ايضا لايزاحم بل ينتقل المال من المفسوخ عليه الى الورثة وماتركه الميت بما انه متعلق حق الديان لاينتقل اليه بل هو فى حكم التلف وتشتغل ذمة الميت بالبدل كما سيأتى انشاء الله تعالى نظيره فى المبحث الاتى فتدبر.

الثانى . مورد وجود احد موانع الارث كالقتل و الرق والكفر وقد ارسل عدم الارث فيه ارسال المسلم وهو كذلك فان نسبتها الى جميع ماتركه الميت ملكا كان او حقا على حد سواء .

الثالث - مورد المانع التعبدى ككون المتروك ارضا بالاضافة الى الزوجة - و هو الذى نقل فيه الاقوال - و ملخص الكلام فيه ان الوجوه و الاقوال فيه اربعة اوخمسة (ثالثها) التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت اوعنه فيرث فى الاول دون الثانى (رابعها) عدم الجواز فيما انتقل الى الميت والاشكال فيما انتقل عنه (خامسها) مايظهر من المستند وجود القائل به وهو الفرق بين انحصار الوارث بها فلاترث وبين عدم الانحصار فترث .

وجه القول الاول عموم دليل الارث وعدم المانع عن خصوص الخيار- واستدل لعدم الارث مطلقا- بوجهين .

الاول- ان الخيار ملك كلا الالتزامين الذين هما مدلولان التزاميان للبيع حيث انه بمدلوله الالتزامى يدل على التزام كل من المتعاقدين بالمدلول المطابقى وهو المبادلة بين المالين وكل منهما مالك لالتزام طرفه اذا لم يكن خياريا- والخيار عبارة عن ملك كلا الالتزامين - ولايمكن ان تملك الزوجة كليهما اذ الارض لو انتقلت عن الميت فهى ليست مالكة لالتزام نفسها ولو انتقلت اليه فهى ليست مالكة لالتزام طرفها لان الارض لغيرها من الورثة (وفيه) ان معنى ملك الالتزامين التسلط على الفسخ والامضاء الذى هو امر اعتبارى عقلائى كان ثابتا للمورث فيرثه وارثه و ليس تابعا للملك ولذا يصح جعله للاجنبى

الثانى - ما افاده المصنف ره وهو ان الخيار عبارة عن السلطنة على استردادما انتقل عن ذى الخيار بعد الفراغ عن السلطنة على ما انتقل اليه - والزوجة اما لاسلطنة

لها على الرد لو كان المنتقل الى الميت ارضا - واما السلطنة لها على الاسترداد لو كان المنتقل عن الميت ارضا (وفيه) اولا ان الخيار عبارة عن السلطنة على حل العقد ويستلزم ذلك الرد والاسترداد. وثانيا - انه لو كان عبارة عن السلطنة على الرد والاسترداد فهو عبارة عن السلطنة على الرد والاسترداد الى المالكين - وبعبارة اخرى - عبارة عن رد المبيع ملكا لا خارجا ويوجب اعادة الربط الملكى من دون ان يقيد محله بشخص خاص. وعليه - فان قلنا بانه بالفسخ يرجع المال الى الميت ومنه الى الورثة كان لازمه ارث الزوجة لو كانت الارض منتقلة الى الميت فانه يعود الثمن اليه والزوجة ترث منه ولو كانت منتقلة عنه لم ترث منها - ولو قلنا بانه بالفسخ يرجع المال الى الورثة يمكن ان يقال ان الزوجة وان لم ترث من الارض الا انه لامانع من كون فسخها سببا لعود الارض الى ساير الورثة والله العالم .

و استدل للثالث فيما اذا كانت الارض منتقلة الى الميت - بان العقد حيث يكون متزلزلا لثبوت الخيار لساير الورثة فالثمن فى معرض الانتقال الى جميع الورثة ومنهم الزوجة فللزوجة حق فى الثمن فلها استيفائه باعمال الخيار - وبان الخيار هو السلطنة على الاسترداد خاصة - واما اذا كانت الارض منتقلة عنه - فحيث انه لا سلطنة لها على استردادها لا لنفسها لحرمانها ولا لمن نصبت من قبله فلا ترث (اقول) مضافا الى فساد الشق الثانى كما تقدم انه لو اغمض عن ذلك وسلم كونه عبارة عن السلطنة على الاسترداد فليس هو السلطنة على الاسترداد خاصة بل عن السلطنة عليه وعلى الرد فمع عدم امكان احدهما لا يثبت الخيار - ففيما اذا كانت الارض منتقلة الى الميت وان كان لها السلطنة على الاسترداد الا انه لا سلطنة لها على الرد لعدم كون الارض ملكا لها ولا هى منصوبة من قبل مالكها فليس لها الرد (بل) يمكن منع سلطنتها على الاسترداد لان تزلزل العقد من ناحية خيار الورثة لا يوجب اى سلطنة للزوجة وكون الثمن فى معرض الانتقال لا يوجب السلطنة الفعلية بل الثمن ملك شانى للزوجة على تقدير اعمال الخيار .

واستدل للرابع اى لعكس هذا التفصيل بان الثمن فى صورة الانتقال الى الميت

ملك للورثة ومنهم الزوجة فلها السلطنة على رده والخيار وان كان سلطنة على الاسترداد الاان السلطنة على الاسترداد الى النفس او الى من كان منصوبا من قبله غير لازم بل الفسخ يوجب الرجوع الى الميت فلامانع من الرد والاسترداد وهذا بخلاف صورة العكس فان الارض ملك لسائر الورثة ما عدى الزوجه ولا سلطنة لها على مايستحقه الغير (وفيه) مضافا الى ماتقدم انه مع دلالة الدليل اى مانع من الالتزام بان لها السلطنة على مايستحقه الغير (ويرد) الوجه الخامس انه لايمكن انحصار الوارث فيها اذ مع فرض عدم وجود احد يكون الامام وارثا معها .

فتحصل - ان الاظهر انها ترث مطلقا . ومحصل الوجه - في ذلك وجود المقتضى وعدم المانع - اما وجود المقتضى فهو عموم دليل الارث - واما عدم المانع - فلان المانع المتوهم فيما اذا كانت الارض منتقلة الى الميت - اما عدم سلطنتها على ردها - وقد عرفت ان الفسخ حل العقد - مع انه لوكان عبارة عن الرد والاسترداد كان هو الرد الملكى لا الخارجى فلامانع من ردها الارض وان كانت ملكا لغيرها - واما عدم كونها مالكة لكلا الالتزامين و قد عرفت دفعه و ما يتوهم ما نعيته فيما اذا كانت الارض منتقلة عن الميت - اما عدم سلطنتها على استرداد ها الى نفسها و اما عدم مالكيتها للالتزامين وقد عرفت دفعهما .

قوله قده رابعها عدم الجواز فى تلك الصورة الخ مراده صورة انتقال الارض الى الميت .

قوله قده ولم اجد من جزم بعدم الارث مطلقا الخ لايقال ان هذا ينافى ما تقدم منه من عد عدم الارث من الاقوال - فانه يقال - يمكن ارجاع ضمير ثالثها فى كلامه المتقدم الى الوجوه لا الى الاقوال - ويمكن ان يقال ان كلامه المتقدم انما يكون بلحاظ ظاهر كلمات البعض .

قوله قده ولا علاقة هنا ولا سلطنة الخ هذه مصادرة واضحة كيف وان ثبوتها مورد الكلام فكيف يفرض عدمه .

قوله قده ملك لتملك المعوض لنفسه اولمن نصب عنه الخ وفيه اولا قد

عرفت انه عبارة عن حل العقد ولا اقل من الرد الملكي لا تملك المعوض وثانيا- ان الزوجة منصوبة من طرف الشارع الاقدس بمقتضى العمومات .

قوله قده فهي ايضا مالكة لتملك حصتها من الثمن الخ قد مران كون الثمن في معرض الانتقال لايوجب ثبوت السلطنة الفعلية للزوجة .

قوله قده والفرق بين مانحن فيه وبين ما تقدم في الوكيل الخ حاصله ان التزلزل في المقام ثابت مع قطع النظر عن خيار الزوجة لخيار الباقين -وفي مسألة الوكيل التزلزل منوط بخياره .

قوله قده ثم ان ماذكر وارد على فسخ باقي الورثة للارض المبيعة الخ

حاصله - انه يمكن ان يقال في عكس الفرض، وهوما اذا كانت الارض منتقلة عن الميت بان ملكية الزوجة لمقدار من الثمن في معرض الزوال بفسخ باقي الورثة فيكون لها ايضا حق الازالة بالفسخ.

قوله قده الا ان يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ الخ محصله انه لانسلم ما ذكر فان للورثة الفسخ بمقدار حصصهم فمقدار حصتها من الثمن ليس متزلزلا .

قوله قده فالاقرب ارثها من الخيار لان لها حقا في الثمن ويحتمل عدمه- فلو علل بارثها دار الخ تقريب الدوران ارث الثمن موقوف على الفسخ وهو موقوف على كون الثمن موروثا ليكون فيه حق لها(اقول) هذا يتم لو اريد من حقها في الثمن ملكها الفعلي-واما اذا اريد به ملكها التقديري فهو لا يتوقف على الفسخ ولا على حق الفسخ .

قوله قده لان الشراء يستلزم منعها من شيء نزله الشارع منزلة الخ حاصل مقصوده ان ارث الثمن وان توقف على الخيار- الا ان الخيار لا يتوقف الا على كون الثمن موروثا شانا وهو كذلك لكونه جزء من التركة من حيث هو فلا دور .

قوله قده يحتاج الى تكلف زيادة تقدير الخ فانه لابد وان يقدر فارادت الفسخ لترث من الثمن ويمكن ان يمنع ذلك بجعل الغاية للمنفي .

کیفیة استحقاق الورثة للخیار

قوله قده مسألة فی کیفیة استحقاق کل من الورثة للخیار مع انه شیء واحد

الخ الوجوه المحتملة اربعة (الاول) ما اختاره صاحب الجواهر ره من استحقاق کل منهم خیارا مستقلا کمورثه بحیث یکون له الفسخ فی الکل وان اجاز الباقون (واستدل) له بظاهر النبوی (١) المنجبر بالعمل ـ ما ترك میت من حق فهو لوارثه ـ بتقریب ان ظاهره ثبوت الحق لکل وارث لتعقل تعدد من له الخیار وانما لا یلتزم بذلك فی المال من جهة عدم تعدد الملاك شرعا لمال واحد.

واورد علیه المصنف ره بوجوه ـ (احدها) ان ماکان للمیت وترکه للوارث حق واحد شخصی و قیامه بالاشخاص المتعددین اوضح استحالة و اظهر بطلانا من تجزیته و انقسامه علی الورثة (و فیه) ان الحق لا یکون متروکا لما تقدم من انعدامه بموت المستحق بل المتروك ما هو مورد الحق ولامانع من صیرورته طرفا لاضافات متعددة بعدد الورثة کما لامانع من تعلق الحق المستقل متعددا بعقد واحد ـ (والاولی) فی تقریب هذا الوجه ان یقال ان مورد هذا الحق هو حل العقد وحیث ان ما هو مورد بالاضافة الی المورث هو الحل الواحد غیر المتعدد والواحد لا یتعدد بالانتقال من طرف الی طرف فلا یعقل فیه التعدد (ثانیها) ان مفاد دلیل الارث بالنسبة الی المال المتروك والحق المتروك شیء واحد ولا یستفاد منه بالنسبة الی المال الاشتراك وبالنسبة الی الحق التعدد الا مع استعمال الکلام فی معنیین (وفیه) ان دلیل ارث الحق غیر دلیل ارث المال فلا محذور فی تعدد المعنی (ثالثها) ان مقتضی ثبوت ماکان للمیت لکل من الورثة ان یکونوا کالوکلاء المستقلین فیمضی السابق من اجازة احدهم او فسخه ولا یؤثر اللاحق فلاوجه لتقدم الفسخ علی الاجازة علی ما ذکره (وفیه)

---

(١) لم اعثر علی هذه العبارة فی کتب الحدیث من طرقنا وانما رواها الشهید الثانی فی المسالك فی کتاب الشفعة وتبعه المتأخرون عنه.

انه فرق بين كون الحق واحدا وللمتعدد اعماله كما في مسألة الوكالة وبين كون الحق متعددا في نفسه على مافرضه صاحب الجواهر ـ وما افاده انما هو في الاول ومورد كلام الجواهر هو الثاني ولازم كون الحق متعددا عدم مزاحمة اجازة المجيز لفسخ الفاسخ لاستقلال كل شخص بشخص من الخيار (رابعها) ان المراد بالوارث في النبوي وغيره مما افرد فيه لفظ الوارث جنس الوارث المتحقق في ضمن الواحد والكثير و قيام الخيار بالجنس يتاتى على الوجوه الاربعة (وفيه) انه لو كانت القضية مهملة صح ما افاده واما لو كانت مطلقة ـ فحيث ان الجنس ليس الا الطبيعة فكونها تمام الموضوع لايكون الا على الوجه الثاني في كلامه الذي سياتي التعرض له (فتحصل) مما ذكرناه مضافا الى عدم استقامة شيء مما ذكره المصنف ره ـ عدم تمامية ما افاده صاحب الجواهر ره ثبوتا واثباتا.

الثاني ـ ما ذكره المصنف ره بقوله وهنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع وهو ان يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة في ضمنه لامن حيث كونه مجموعا فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ مالم يجز الاخر لتحقق الطبيعة في الواحد وليس له الاجازة بعد ذلك كما انه لو اجاز الاخر لم يجز الفسخ بعده لان الخيار الواحد اذا قام بماهية الوارث واحدا كان او متعددا كان امضاء الواحد كفسخه ماضيا فلا عبرة بما يقع متاخرا عن الاخر انتهى (واورد عليه) المحقق النائيني ره بانه مبني على ان يكون ارث الخيار ثابتا لصرف الوجود من الوارث لا لمطلق الوجود وحيث ان صرف الوجود قائم بكل واحد من الورثة فكل من بادر الى اعمال الحق ينفذ في حق الجميع وهذا خلاف المتبادر من الادلة من كون الحكم شموليا (وفيه) ان مراده بذلك ليس ثبوت الحق لصرف وجود الطبيعة في مقابل ثبوته لجميع الوجودات بل مراده به ثبوته للطبيعي من حيث هو ـ بتقريب انه كما قد يكون المملوك كليا كمن من الحنطة في الذمة وقد يكون المالك كليا ككلي الفقير والسيد في الخمس والزكاة ـ كك قد يكون

من له الحق كليـا ككلي الوارث ـ وتعينه وان احتاج الى معين الا انه انمايكون في المقام باقدام من هومصداق الطبيعي القابل للانطباق عليه بالاخذ بالخيار (وبهذا) ظهر انه لاوجه لما اورده السيد ره عليه بان الاولى عد هذا الوجه معنى آخر لقيام الخيار بكل واحد مستقلا (ولكن) الذي يرد على هذا الوجه ان سياق ادلة الارث في الحق والمال واحد وبديهي انه ليس ارث الملك كك فارث الحق ايضاً ليس كك.

الثالث ـ مااختاره المصنف ره وهو استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار فيشتركون فيه ولا يكون الحق متعددا ولا المستحق ولازمه عدم جواز الفسخ ولا الاجازة من البعض (وقد استند) في ذلك الى ان الحق امر بسيط غير قابل للتجزية فيشتركون فيه وليس كالمال القابل لها ـ وبعبارة اخرى ـ ان مقتضى ادلة الارث ثبوت مجموع ماترك لمجموع الورثة الاان التقسيم في الاموال لماكان ممكناكان مرجع ذلك الى اختصاص كل منهم بحصة بخلاف الحق فانه يبقى على حاله من اشتراك مجموع الورثة فيه (وفيه) ان الحق امر بسيط كالملكية ولايتجزى ولكن يتعدد بتعدد مورده ومورده في المقام هو الحل ومتعلق الحل هو العقد والعقد بما انه على ملكية الدار مثلاو الدار قابلة للتبعض وكذا ملكيتها وكك العقد ومع فرض قبول العقد له يكون الحل ايضا قابلا له فيعقل تعدد حق الحل والفسخ وعليه فاذاكان الملكية بمقتضى ادلة الارث منتقلة الى المتعدد بنحو التعدد اى كل وارث مالك لمقدار من المال لامحالة ينحل العقد الى عقود كل منهم طرف لماهو متعلق بحصته فلامحالة يتعدد حق الخيار.

فتحصل مما ذكرناه ان الاظهر هو الوجه الرابع وهو استحقاق كل منهم خيارا مستقلا في نصيبه فله الفسخ فيه دون باقي الحصص.

ثم انه على الوجوه الثلاثة الاول لااشكال في انه ليس لكل واحد من الورثة ان يفسخ بمقدار حصته اذالحق واحد وهو الخيار في الكل فلايجوز له الفسخ في البعض ـ واما على المختار فهل يجوز التفريق في الفسخ والاجازة بان يفسخ واحد منهم بالنسبة الى حصته من المال ـ ام لايجوز ذلك ـ ربما يقال بالثاني واستدل له بوجهين (الاول) ماافاده المحقق النائيني ره وهو ان مقتضى الشرط الضمني الذي التزم به

الميت من عدم تبعض الصفقة عليه عدم نفوذ اعمال الخيار لكل واحدمستقلابل لابد من اتفاقهم على الفسخ والاجازة الاان يرضى الطرف بالتبعض (وفيه) ان الشرط ان كان هو ان لايفسخ في البعض فغايته عدم جوازه تكليفا لاوضعا ـ فان شرط الترك لايوجب عدم نفوذ الفعل ـ نعم ـ لو تخلف يثبت لمن عليه الخيار الخيار لتبعض الصفقة (الثاني) انه يلزم منه التشقيص وهوضرر على الطرف منفي بالحديث (وفيه) ان ضرره يجبر بالخيار في اصل البيع ـ فالاظهر هو الاول.

قوله قده ثم ان ماذكرناه جار في كل حق ثبت لمتعدد الخ حاصله ـ ان لازم كون حق الخيار واحداقائما بالمجموع عدم الانفساخ بفسخ احدهم وعدم سقوط الحق باسقاطه بل لابد من الاجتماع على الفسخ اوالاسقاط وهذاجار في كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة ـ وقدورد في الشرع مايوهم خلاف ذلك فان الاصحاب افتوا بان احد الورثة اذا عفى عن الشفعة كان للاخر الاخذ بكل المبيع ـ والاشكال فيه من وجهين (احدهما) انه كيف ينفذ العفو من احدهم مع ان الحق واحد قائم بالمجموع (ثانيهما) انه كيف يجوز الاستيفاء من احدهم ولولم ياذن به الاخر والمصنف ره اجاب عنه بانه لوسقطت الشفعة بعفو واحد الشريكين تضرر الاخر بالشركة (وفيه اولا) انه لوتم اقتضى بقاء حقه بمقدار حصته فان ارث حق الشفعة انما هو بمقدار الحصة لقاعدة الميراث لا لاستيفاء الحق في الكل (وثانيا) انه لايتم فان حق الشفعة لايكون ثبوته للضرر فان ضرر الشركة حاصل قبلا وقد تبدل شريك بشريك وربما يكون الثاني احسن من الاول (وثالثا) انه اذا كان للجميع حق واحد فلاضرر فان الملك الكذائي المتعلق لحق قائم بالمجموع قد انتقل الى الورثة ـ ولاضرر في ذلك ـ والحق انه لافرق بين حق الشفعة والمقام وماذكرناه يجري فيه.

قوله قده ثم ان ما اخترناه من الوجه الاول الخ مراده من الوجه الاول الوجه الاول من الوجه الثالث ـ ومراده من الوجه الثاني بحسب الظاهر الثاني من اصل الوجوه.

قوله قده قال فى القواعد الخ عبارات القواعد والدروس وغيرهما محتملة لوجوه -احدها- ارادة ثبوت مجموع الخيار للمجموع - الثانى - ان لكل واحد خيارا بمقدار حصته الا ان فسخه مشروط بفسخ الاخرين- الثالث- ان الخيار لكل واحد الا- انه لايجوز التفريق لان الحق واحد- والمصنف ره استظهر الاول ولم يتعرض للثانى.

قوله قده بل يملك الفسخ فى البعض و يسرى فى الكل الخ بل هذا هو صريحه - ولكن يرد عليه ان سريان فسخ البعض الى الكل لايكون الا اذا كان مالكا لفسخ الكل كما فى المورث وهو واضح.

لو اجتمع الورثة على الفسخ

قوله قده فرع اذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم فان كان عين الثمن موجودا الخ لايخفى ان المصنف ره بنى الحكم فى هذه المسألة على ان الوارث هل هو نائب عن الميت فى الفسخ والاجازة بمعنى انه يفسخ عن الميت فينتقل المال الى الميت ثم الى الوارث - ام هو مستقل وقائم مقامه بمعنى انه يفسخ عن نفسه لانتقال الحق الثابت للميت اليه فينتقل المال الى الورثة ومختاره هو الثانى (ويرد عليه) ان الوارث ليس نائبا عن الميت فى الفسخ بل الحق ثابت له ولكن ليس معنى ذلك فسخ العقد عن نفسه ولنفسه بل معناه حق حل العقد وفسخه لاعن نفسه ولاعن غيره فان نسبته الى الكل على حد سواء - وبعبارة اخرى الفسخ حل للعقد القائم بشخصين خاصين (مع) انه على تقدير الاغماض عما ذكرناه وتسليم ماافاده المصنف ره لاوجه لتفصيله بين ما اذا كان للميت مال وبين مالم يكن فان مقتضى ماافاده انتقال العين الى الورثة واشتغال ذممهم بمقدار حصصهم للمفسوخ عليه من غير فرق بين ان يكون له مال وان لايكون له مال.

والحق ان يقال ان حق الخيار الموروث ليس من قبيل حق الشفعة فان حقيقة حق الشفعة تملك حصة الشريك من مشتريها بثمنها ومعلوم ان تملك حصة الشريك ببذل الثمن لايقتضى رجوع الحصة الى الميت ولاثمنها منه - و بالجملة - الموروث

ليس حق التملك - بل هو حق حل العقد وهو يقتضي رجوع الامر الى ماكان - ولازم ذلك عود الملك الى الميت و عود بد له عنه اذا لمعاوضة كانت بينه وبين المفسوخ عليه .

وغاية مايمكن ان يورد على هذا الوجه امور (الاول) ان انتقال المال الى الميت غير معقول لعدم قابليته لذلك(وفيه) ان الملكية من الاعتباريات وهى خفيفة المؤونةولامانع من اعتبار شيء ملكاله لواقتضتالمصلحة ذلك (الثانى) ان الوارث حيث يكون قائما مقام مورثه فيكون عقده عقده فكان العقد واقع على ماله والحل حل لهذا العقد ولازم ذلك تلقى الفاسخ من المفسوخ عليه من حين فسخه لاالتلقى من الميت فيشتغل ذمته بالبدل (وفيه) ان دليل الارث يدل على ان ماكان للميت من ملك اوحق فهو لوارثه ولايدل على ان كل ماهو مضاف اليه مضاف الى وارثهكي يكون عقده عقده (الثالث) انه جرت السيرة بان ورثة البايع بيع خيار رد الثمن يردون مثل الثمن من اموالهم ويستردون المبيع لانفسهم من دون ان يلزموابا داء الديون منه بعد الاخراج (وفيه) اولاان وجه جريان السيرة غيرمعلوم ولعله يكون ردهم مثل الثمن من اموالهم من جهةان الفسخ اوجب اشتغال ذمة الميت بالثمن فهم يؤدون دينه - نعم - لوجرت السيرة بعدم اداء سايرديون الميت من المبيع وعدم كونهم ملزمين بذلككشف ذلك عن عدم انتقال المبيع الى الميت ولكن قيام السيرة على ذلك ممنوع - وثانيا - ان غاية مايثبت بذلككون ارث الخيار المشروط برد مثل الثمن من قبيل حق الشفعة ولايثبت بهكون جميع الخياراتكك (الرابع) قياس حق الخيار بحق الشفعة- وقدعرفت الفرق بينهما- وهناك وجوه اخرهين دفعها بعد مراجعة ماذكرناه (فالحق) انه ينتقل العين الى الميت - فان كان بدلها موجودا فهو يعود الى المفسوخعليه- لايقال انه انتقل الى الوارثفهو فىحكم التلف - فانهيقال انه ملك متزلزل فيعود منهم والافتشتغل ذمة الميت بالبدلكانللميت مال اماليكن فيكون سبيله سبيل سايرديونه - واما العين فان لم يكن للميتدين تنتقلالى الورثة - والافانكان الدين غيرمستوعب ينتقل الفاضل منه علىالدين اليهموانكان مستوعبا

لاينتقل شيء منها اليهم .

قوله قده وفي اشتراط ذلك بمصلحة الديان وعدمه وجهان الخ قداستدل للاول بانهم مكلفون باداء دين الميت والفسخ مع المفسدة يضر بالاداء فلايجوز (وفيه) ان التكليف بالاداء انما هو مع وجود المال والفسخ رافع للموضوع (ثم انه) على تقدير عدم الجواز يكون ذلك تكليفيا لاوضعيا فلو فسخوا يكون نافذا (ثم ان) المراد من المصلحة عدم المفسدة اذلاريب في الجواز مع التساوي .

قوله قده وماذكرنا اخيرا من مقتضى النيابة والقيام الخ الوجه الاول نيابة دون هذا الوجه وعليه فمراده من النيابة مافسره بقوله والقيام مقام الميت كما يشير الى ماذكرناه ماذكره بعد ذلك بقوله فهو كنفس الميت لانائب عنه .

جعل الخيار للاجنبي

(قوله قده لو كان الخيار لاجنبي و مات ففي انتقاله الى و ارثه الخ

في الخيار المجعول للاجنبي خلاف من انه هل هو من باب التمليك او التوكيل او التحكيم فقد يقال كما عن المحقق النائيني ره بانه ليس من قبيل التمليك لانه لو كان على نحو جعل الملك كان لازمه ارث وارثه عنه لان ماتركه لوارثه ـ ولامن باب التوكيل والا امكن عزله بل هو متوسط بين الملكية و الوكالة نظير التولية على الوقف وهذا هو المراد من التحكيم الذي ذكره الفقهاء (اقول) يمكن ان يكون من قبيل التمليك وجعل الحق له وانما لايرثه وارثه من جهة ضيق مقدار الجعل والمجعول اذ المجعول هو حق الخيار للاجنبي بما انه ذو نظر ورأي يعتمد عليه في امر العقد فيكون المستحق مقوما وقد مر ان مثل هذا الحق لايورث ولا ينتقل الى الغير (ويمكن)ان يكون من قبيل التوكيل وانما لايمكن عزله لانه وان كانت الوكالة جائزة في نفسها الا انه اذا كانت شرطا في ضمن عقد لازم لايجوز العزل ـ والظاهر ان جعل الخيار من قبيل الاول .

وقد ظهر مماذكرناه امران ـ الاول ـ انه لايرثه وارثه ولا ينتقل الى غيره ـ الثاني

عدم تمامية ماافاده المحقق الايروانى ره معلقا على قول المصنف ره ومن ان ظاهر الجعل او محتمله مدخلية نفس الاجنبى ـ بقوله لم افهم المراد من مدخلية الاصيل و عدم مدخليته فان اريد كون الخيار مجعولا لشخص الاصيل فالكلام فى مثل ذلك ويعدى الى الوارث بادلة الارث ـ الى ان قال وان اريد كون الخيار مجعولا لشخص الاصيل بشرط ان لايورث ففيه ان هذا شرط خلاف الكتاب والسنة انتهى فانه قدعرفت ان الخيار انما يورث اذا لم يكن المستحق مقوما بل كان موردا وفى جعل الخيار الظاهر كونه مقوما وهذا هو مراد المصنف ره من مدخلية نفس الاجنبى فلا ايراد عليه ـ

(قوله قده و فى القواعد لو جعل الخيار لعبد احدهما الخ هذه المسألة غير مربوطة بمانحن فيه فان حاصلها ان جعل الخيار للعبد هل هو جعل له لمولاه لانه عبد لايقدر على شىء اوانه جعل له لنفسه بعد عدم مزاحمة اعماله لحق مولاه ـ والحق ـ ان جعل الحق له لامحذور فيه فان كونه عبدا لايقدر على شىء ليس معناه خروجه عن قابلية جعل مال اوحق له بل معناه ان الافعال التسبيبية لاتنفذ منه وانما يلتزم بعدم مالكيته من التزم لدليل آخر مفقود فى الحق ـ نعم ـ يمكن الفرق بين كون المستحق عبد احد المتعاقدين اوعبد الاجنبى من ناحية ان الخيار ان جعل لعبد احدهما كان لازمه سلطنة العبد على مولاه بحل العقد الواقع بينه وبين طرفه بخلاف ما لو جعل لعبد الاجنبى فان العقد اجنبى عن مولاه (ولعله) لذلك قال فى القواعد ان الخيار لو جعل لعبد احدهما فالخيار لمولاه ولو جعل لعبد الاجنبى فالخيار له لالمولاه ـ ولكن ـ مقتضى ماذكرناه من الفرق عدم ثبوت الخيار للعبد لاثبوته لمولاه ـ والذى يسهل الخطب عدم المورد لهذه المسألة فالاغماض عن اطالة الكلام اولى .

الفسخ الفعلى

قوله قده ومن احكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار الخ تنقيح الكلام بالتكلم فى موارد .

الاول ـ انه هل الفسخ يحصل بالفعل كما يحصل بالقول ام لا ـ لا كلام

من الاصحاب فی حصوله به و هو مقتضى اطلاق دليل الفسخ بالتقريب المتقدم فی مسألة المعاطاة و قد عرفت هناك انه فيما لم يدل دليل بالخصوص على اعتبار اللفظ يكتفى بكل ما ينشأ به المنشأ كان قولا ام فعلا وقوله عليه السلام (١) انما يحلل الكلام ويحرم الكلام لايدل على اعتبار اللفظ فی آلة الانشاء كمامر تحقيقه

الثانی - انه بناء على كفاية الفعل هل يكتفى بخصوص ماقصد به الفسخ وكان مبرزا له عرفا - ام يكون التصرف فيما انتقل عنه فسخا تعبدا ولو لم يكن كاشفا عن قصد الفسخ -لا اشكال فی الاختصاص بمقتضى القواعد (ولكن) قد ادعى ان مقتضى الدليل الخاص عدم الاختصاص وهو مؤلف من امرين - احدهما - انه قد تكرر فی كلماتهم دعوى الاجماع على ان ما يحصل به الاجازة ان وقع فيما انتقل اليه يحصل به الفسخ ان وقع فيما انتقل عنه -الثانی- انه فی النص الخاص(٢) حكم بان التصرف فيما انتقل اليه اجازة وان لم يقصد به الامضاء (فان) مقتضى هذين الامرين كون التصرف فيما انتقل عنه فسخا تعبدا وان لم يكن عن قصد (اقول) فی كلا الامرين نظر- اما الاول - فلان معقد الاجماع هو ما يحصل به الاجازة حقيقة وواقعا او ظهورا لا مطلقا كی يشمل مابه يحصل الاجازة تعبدا -واما الثانی فلان مادل على كون التصرف اجازة تعبدا مختص بخيار الحيوان ولايتعدى منه الى غيره -فالاظهر انه لايتحقق الفسخ بما لايكون كاشفا عن ارادته .

الثالث - انه لولم يحرز انه بالتصرف فيما انتقل عنه هل قصد الفسخ املا هل يحكم بارادة الفسخ وانه ينفسخ ام لا - لاكلام فيما اذا كان ظاهرا فيه للسيرة المستمرة من العقلاء على اتباع الكاشف عن المراد الجدی قولا كان ام فعلا-انما الاشكال فيما اذالم يكن ظاهرا فيه . والكلام فيه فی موضعين(احدهما) فی التصرفات الخارجية غير الجائزة على غير المالك (الثانی) فی التصرفات الاعتبارية المتوقف نفوذها على الملك

---

(١)الوسائل باب ٨ من ابواب احكام العقود حديث٤
(١) الوسائل باب٤ - من ابواب الخيار حديث١

اما الاول - فحيث يحتمل كونه تصرفا عدوانيا وكونه تصرفا صحيحا لاحراز رضا صاحبه بالتصرف ويحتمل كونه فسخا فى الحكم بكونه فسخا لابد من سد الاحتمالين الاولين (اما) احتمال كون التصرف عدوانيا فيدفع باصالة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا التى هى من الاصول العقلائية ولكن لايثبت بها ما يتوقف عليه الصحة كما صرح المصنف ره بذلك فى رسالته ولذا قال لوشك فى ان الشراء الصادر من الغير كان بما لا يملك كالخمر او بعين من اعيان ماله لا يحكم بخروج تلك العين من تركته وقد اشبعنا الكلام فى ذلك فى رسالة القواعد الثلاث المطبوعة - وعليه - فغاية مايثبت بها صحة التصرف وعدم الاثم عليه ولايثبت بها ما يتوقف الصحة عليه وهو ارادة الفسخ (واما) احتمال كون التصرف صحيحا لاحراز رضا صاحبه فلا اصل يحرز به عدمه وعلى هذا فمع الشك لااصل يحرز به ارادة الفسخ (واما الثانى) فاحتمال كونه فضوليا يدفع بالاصل والمراد به ظهور الاطلاق وعدم التقييد بكونه للغير وهذا الظهور متبع عند العقلاء ولكن لاسادلاحتمال كون التصرف عدوانيا كما تقدم فلا يحكم بالنفوذ.

الفعل كاشف

قوله قده مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف - التصرف سبب او كاشف الخ لايخفى ان الموجب لحمل التصرف على الكاشف دون السبب مع انه من الايقاعيات والظاهر تسالمهم على احتياجها الى الانشاء وان ماينشأ به عقدا او ايقاع سبب لاكاشف انما هو احد المحاذير التى ذكروها فى المقام.

الاول - ان الفعل ليس قابلا للانشاء ذكره المصنف ره قال ان الفعل لاانشاء فيه فالمنشأ يحصل بارادته المتصلة بالفعل لا بنفس الفعل لعدم دلالته عليه (ويرد عليه) اولا النقض بالمعاطاة المفيدة للملك التى هى بيع عنده وانشأ بها البيع (اللهم) الا ان يقال انه ملتزم فيها ايضا بذلك كما يظهر من قوله كلما يكفى فيه الفعل من الانشائيات ولايعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل - وثانيا - انه لافرق بين القول والفعل - والمختار عندنا وان كان حصول المنشأ قبل اظهاره

بالقول او الفعل وهو مبرز له لاسبب كما حققناه فى اول الجزء الحادي عشر من هذا الشرح ـ الا ان ذلك فيهما على حد سواء واما من يرى حصول المنشأ بالقول لاسبيل له الى منع حصوله بالفعل فان الفعل احد الدوال لان قوام الدلالة بالكاشفية النوعية عن المراد وهذه لايختص باللفظ ولافرق فى ذلك بين الاخبار والانشاء .

وظنى ان المصنف ره كان فى ذهنه انه فى باب الانشائيات مطلقا يتحقق المنشأ باعتبار المنشى وارادته واللفظ او الفعل كاشف عن ذلك ومظهر له لا انه آلة لايجاده كما اخترناه وبينا انه لايعقل ايجاد ذلك المعنى باللفظ ـ ويعرب عن ذلك قوله ـ بعد منع حصول المنشأ بالفعل ـ نعم يلزم من ذلك ان لايحصل الفسخ باللفظ اصلا لان اللفظ ابدا مسبوق بالقصد الخ ـ وكيف كان فالفرق بين القول والفعل مما لاوجه له اصلا (ثم انه) ان تم هذا الوجه اى حصول المنشأ قبل ابرازه بالفعل ـ اوقبل ابرازه مطلقا كما اخترناه يرتفع جميع الاشكالات حتى فى الوطء لانه يقع بعد تحقق الملك فاذاً نحن فى فسحة من هذه الايرادات .

الثانى مانقله العلامة ره عن بعض العامة وهو ان الشىء الواحد لايعقل ان يكون فسخا وعقدا وهذا الوجه يختص بالوضعيات كالبيع وحاصله ان الفسخ والعقد متقابلان فلايعقل ان يجتمعا فى واحد (وفيه) انهما متقابلان بالاضافة الى شىء واحد كملكية عين لزيد وحل تلك الملكية فى زمان واحد واما العقد على ملكيتها لزيد وحل ملكية عمرو فيهما ليسا متقابلين والمقام من قبيل الثانى كما لايخفى .

الثالث ان التصرفات المتوقفة على الملك قسمان اعتبارى وخارجى ـ وصحة التصرف الاعتبارى كالبيع متوقفة على كون المبيع مملوكا له قبل البيع وكونه مملوكا له يتوقف على ان يكون قوله بعتك فسخا وكونه فسخا متوقف على كونه مبيعا ـ فالبيع يتوقف على الملك المتوقف على الفسخ المتوقف على البيع وهذا دور واضح ـ وجواز التصرف الخارجى كالوطء ويتوقف على الملك فبالوطء مثلا يتحقق الملك والحلية المترتبة عليه فى رتبة واحدة .

والمصنف ره اجاب عن المحذور فی التصرف الاعتباری بوجهین (احدهما) ان المستفاد من دلیل توقفه علی الملك لیس اعتبار وقوع الانشاء فی ملك المنشیء حتی یحکم بالبطلان من جهة ان صحة العقد تتوقف علی تقدم الملك علی جمیع اجزاء العقد لتقع فیه قضاء لحق الظرفیة بل المستفاد منه عدم وقوع البیع مثلا فی ملك الغیر فالممنوع شرعا تمام السبب فی ملك الغیر لاوقوع بعض اجزائه فی ملك الغیر وتمامه فی ملك نفسه (وبالجملة) لادلالة فی ادلة اعتبار الملکیة فی المبیع الاعلی اعتبار کونه مملوکا قبل کونه مبیعا فلاتعم تلك الادلة البیع الواقع بعضه فی ملك الغیر (ثانیهما) ان المراد بالبیع هو النقل العرفی الحاصل من العقد لانفس العقد وح فالفسخ یحصل باول جزء من العقد والنقل یحصل بتمامه فیقع فی الملك - واما فی التصرف الخارجی کالوطء فالتزم بحرمة الجزء الاول منه ان دل الدلیل علی عدم حصول الفسخ قبیل التصرف .

اقول فی کلامه قده مواقع للنظر (الاول) ماافاده من انه لو کان المستفاد من الادلة اشتراط وقوع الانشاء فی ملك المنشیء کان المتعین البناء علی البطلان لان صحته ح تتوقف علی تقدم الملك قضاء لحق الظرفیة - فانه یرد علیه ان الظرفیة تقتضی المقارنة وینافیها التقدم اذ الظرفیة والمظروفیة متضائفتان وهما متکافئتان فی القوة والفعلیة وعلیه فمقتضی الظرفیة تقارن الملکیة والانشاء زمانا (الثانی) ماافاده من ان المراد بالبیع هو النقل العرفی وهو یحصل بتمام السبب والفسخ یتحقق باول جزء منه فیکون الملك سابقا علیه - فانه یرد علیه - ان الفسخ ایضا یحصل بتمامه اذ لیس کل قول اوفعل فسخاً بل مایکون دالا علیه وهو العقد بتمامه (الثالث) ماافاده من انه مع عدم الالتزام بحصول الفسخ قبیل التصرف لابد من البناء علی عدم جواز الجزء الاول - فانه یرد علیه - ان المستفاد من الادلة عدم جواز التصرف المزبور فی ملك الغیر وحیث ان هذا التصرف ینشأ به الفسخ فیصیر ملکا له مقارنا له ولادلیل علی حرمة التصرف مع عدم سبق الملك - وبالجملة - هذه التصرفات جائزة مع الملك والمفروض هو ذلك (فالحق) فی المقام ان یقال انه لو قلنا بحصول الفسخ قبیل التصرف کما اخترناه فلااشکال.

والا - ففى التصرف الاعتبارى بما ان المستفاد من الادلة هو اعتبار كون النقل الحاصل من العقد فى ملكه. والمفروض حصول الفسخ بالعقد فيتحقق الفسخ والبيع فى زمان واحد مع تقدم الفسخ آناما ولااشكال وفى التصرف الخارجى يكون التصرف مقارنا مع الملك ولايعتبر فى الجواز ازيد من ذلك والله العالم.

قوله قده واجاب الشهيد عن الثانى بمنع الدور التوقفى وان الدور معى الخ الظاهر ان مراد الشهيد من الدور المعى ان الفسخ المحقق للملك والبيع اى النقل العرفى هما معا معلولان للعقد وهما معا متلازمان ولا يكون كل منهما علة للاخر وان الملك شرط للبيع الحقيقى موجب للتقدم الرتبى لاالزمانى ولم يدل دليل على استحالة كون شيء واحد سببا للشرط والمشروط معا.

قوله قده والجزء الذى لايتجزى غير موجود الخ اورد عليه المحقق الايروانى ره بان وجوده لايدفع الاشكال اذا الملك يتاخر عن ذلك الجزء ان حصل الفسخ به فيلزم الاشكال (وفيه) ان فرض الجزء الذى لايتجزى فرض جزء لايمين له ولا يسار فلا يتصف بهما من حيث فرض التوسط فيه ومثل هذا الجزء لاقبل له ولا بعد كى يقال ان الملك حصل بعده.

قوله قده و لعل هذا معنى مافى الايضاح الخ المشار اليه اصل التوجيه لاخصوص الوجه الثانى.

قوله قده و توهم ان الفسخ اذا جاز الخ حاصل التوهم. ان مادل على سلطنة ذى الخيار على الفسخ مقتضاه جوازه وعدم حرمته لان ظاهر ما تضمن ان لك الفسخ انه لامانع منه تكليفا ومقتضى اطلاقه جواز كل تصرف حتى المتوقف على الملك كالوطء،

لواشترى عبدا بجارية

قوله قده لواشترى عبدا بجارية مع الخيار له الخ محل البحث موارد - الاول - ما اذا كان الخيار للمشترى - الثانى - ما اذا كان الخيار للبايع - الثالث - ما اذا كان الخيار لهما - اما المورد الاول فتارة لايقصد به الاجازة ولا الفسخ -

واخرى يقصدهمامعا - وثالثة - يقصد الفسخ-ورابعة-يقصدالاجازة .

اما فى الصورة الاولى فيتحقق عتق العبد خاصة لورود الانشاء على ماله ومال غيره فيؤثرفى الاول .

واما فى الصورة الثانية فان كان متوجها الى تنافيهما لايتحقق القصد اليهما وان لم يكن ملتفتا الى ذلك - فحيث ان الاجازة وهى ابرام العقد والفسخ وهوحله و رفعه متنافيان فلايمكن تحققهما معا و تحقق احدهما دون الاخر بلا مرجح ومسألةتقديم الفسخ على الاجازة غير مربوطة بالمقام كما فى المتن فلا يقع شيء منهما (واما العتقان) فلاية عان معا بل يقع عتق العبد خاصة لحصول شرطه وهو الملك ولايقع عتق الجارية لعدم الملك وما افاده - المصنف ره من ان عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية كالعكس - وتوضيحه- ما افاده المحقق النائينى ره من ان عتق الجارية كما يتوقف على الفسخ كك عتق العبد يتوقف على الاجازة فانه وان كان مملوكا له فعلا الان نفوذعتقه يتوقف على امضاء العقد وامضائه يتوقف على عدم كون عتق الجارية فسخا كما فى العكس (يرد عليه) ان عتق العبد لايتوقف على امضاء العقد اذلا يشترط فيه سوى الملك الموجود و انما يتوقف عتق الجارية على الفسخ من جهة كون الفسخ سببا للملك الذى هوشرط العتق فلايكون التوقف من الطرفين .

واما فى الصورة الثالثة - فقد افادالسيد الفقيه ان الاقوى صحة كليهما وحصول الفسخ فينتقل الى بدل العبد وذلك لان المقتضى للصحة موجود فى كليهما ولامنافاة اما فى الجارية فلان الفرض ان له الفسخ واعتقها بهذا العنوان واما فى العبدفلان صحة عتقه لاتتوقف على قصد الاجازة اذهو مملوك له فعلا وهذا كاف فى صحته - ولا بأس به .

واما فى الصورة الرابعة فالاظهر صحة عتق العبدفقط اذصحة عتق الجاريةمتوقفة على قصد الفسخ والمفروض عدمه فلامنا فى لعتق العبد .

و اما المورد الثانى - فان قلنا بعدمجواز تصرف غيرذى الخيار فى مدة الخيار

تصرفا يمنع عن استرداد العين فسد عتق العبد - والاصح - واما عتق الجارية فهو لا يصح على اى حال لفقد شرطه وهو الملك وبطلان الفضولى فى الايقاع .

واما المورد الثالث فبناء على نفوذ تصرف من عليه الخيار كان حكم هذا المورد حكم المورد الاول و ان بنينا على عدم النفوذ - فلا يصح عتق العبد بدون اذن البايع ومع الاذن الذى حقيقته امضاء العقد من ناحية البايع يصح العتق ويكون حكمه حكم الصورة الثالثة من المورد الاول - ويصح عتق الجارية على التقديرين والفسخ هذا اذا قصد به الفسخ و الابطل عتق الجارية ايضا والله العالم

حكم تصرفات غير ذى الخيار جوازا ومنعا

قوله قده من احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين الخ اقول كلمات القوم فى المقام مضطربة لا يستفاد منها فتوى مسلمة عندهم - والاقوال المستفاده منها ثمانية (الاول) الجواز مطلقا (الثانى) عدم الجواز كك (الثالث) جواز الاتلاف تكليفا والمنع عن التصرف المعاملى نسب الى المحقق الخراسانى (الرابع) عكس ذلك وهو المنسوب الى صاحب المقابيس (الخامس) الجواز مطلقا - الا انه لو فسخ يبطل اما من حين الفسخ او من اصله (السادس) الفرق فى التصرفات الناقلة بين العتق وغيره فلا ينفذ العتق وينفذ غيره (السابع) الفرق بين الخيار الاصلى ومايكون بجعل المتعاقدين (الثامن) الفرق بين مايكون ثابتا بالفعل ومايكون ثابتا فيما بعد - وتنقيح القول بالتكلم فى موارد (الاول) انه هل يجوز تكليفا تصرف غير من له الخيار بالتصرف المانع عن استرداد العين ام لا (الثانى) هل ينفذ تصرفه المعاملى ام لا (الثالث) هل حكم الخيار المجعول للمتعاقدين حكم المجعول الشرعى ام لا (الرابع) انه على فرض النفوذ هل يجبر على فسخه ان كان له ذلك ام لا (الخامس) على فرض النفوذ هل لذى الخيار الفسخ او ينفسخ بفسخه للبيع الاول ام لا (السادس) انه على المنع هل يجوز التصرف قبل تنجيز الخيار ام لا (السابع) بناء على عدم الجواز هل يجوز التصرف الذى يكون فى معرض

التفويت كالوطء الذى هو فى معرض الاستيلاد املا (الثامن) بناء على المنع هل يمنع عن نقل المنافع ايضا ام لا .

يجوز تصرف غيرذى الخيار تكليفا

اما الاول ـ فقد استدل للعدم بوجوه (احدها) توقف حصول الملك على انقضاء زمان الخيار فهو فى زمان الخيار لمن له الخيار فلايجوز لغيره التصرف فيه (وفيه) ماسيجيء من عدم توقف الملك على انقضاء زمان الخيار .

الثانى ـ ان الخيار حق متعلق بالعين فلايجوز التصرف فيها بما يمنع عن استرداد العين لكونه موجبا لفوات الحق وبعبارة اخرى يكون ذلك موجبا لانعدامه فلايجوز (وفيه اولا) ماتقدم من كون حق الخيار متعلقا بالعقد لا العين لا بها مستقلا ولا بها وبالعقد بحيث يكون الثابت حقين كيف وقد اسند الوجوب والخيار فى الاخبار الى البيع والعقد لا العوضين مضافا الى ان حقيقة الفسخ ذلك كما تقدم مع انهم اتفقوا على ان لذى الخيار حق الفسخ حتى مع تلف العين فيستكشف من ذلك كونه سنخ حق لايفوت بالتلف فالاتلاف لايكون معدما لموضوع الحق والالتزام بحقين كما ترى بلاملزم ولاوجه (وثانيا) ان لازم هذا الوجه هو القول الخامس وهو الجواز مراعى بعدم الفسخ اذ هذا لاينافى مع الخيار المتعلق بالعين.

الثالث ـ ما نقله فى المتن واوضحه المحقق النائينى ره وهو ان حق الخيار و ان لم يكن متعلقا بالعين ولكن يمكن ان يكون متعلقا بالعقد على نحو الموضوعية ويمكن ان يكون طريقا والغرض منه استرجاع العين بشخصها او بما لها من المالية فلو كان موضوعيا صرفا يجوز تصرف من عليه الخيار بجميع انحاء التصرفات الا ان هذا باطل ـ فانحصر فى الوجهين على الطريقية ومبنى الوجهين انه لوكان المدار فى باب الضمان على قيمة يوم الاداء لبقاء العين التالفة فى عهدة الضامن فلازمه وجوب حفظها ليتمكن المضمون له عن استرجاع العين فلا يجوز التصرفات الناقلة والمتلفة ـ وان قلنا بان المدار على قيمة يوم التلف فلازمه ان يكون ماليتها المتقدرة فى عهدة الضامن

فتجوز تلك التصرفات لان مافى الذمة هو القدر المشترك بين العين وبدلها ويكون حفظ العين من المقدمات الوجوبية للواجب وحيث اخترنا ان المدار على قيمة يوم الاداء فلا يجوز التصرفات المانعة .

وفيه اولا انا لانفهم معنى كون الخيار متعلقا بالعقد على نحو الطريقية فهل المراد ان تعلقه بالعقد بنحو الواسطة فى العروض بحيث يكون واقعا متعلقا بالعين وبالعرض والمجاز مستندا الى العقد فهذا يرجع الى الوجه السابق الذى عرفت مافيه ـ او المراد ان تعلقه به بنحو الواسطة فى الثبوت بحيث يكون اولا متعلقا بالعقد وثانيا بالعين فيكون هناك خياران احدهما متعلق بالعقد والاخر بالمال فهذا امر معقول الا انه يحتاج الى الدليل ومابايدينا من الادلة لاتدل على ازيد من ثبوت خيار واحد متعلق بالعقد ـ والوجهان فى باب الضمان غير مربوطين بالمقام اذا الخيار لو كان متعلقا بالعقد جاز التصرفات حتى بناء على كون المدار فى الضمان على قيمة يوم الاداء لانه تصرف فى ماله والمفروض عدم كونه متعلقا لحق الغير (ودعوى) ان حفظ المال على هذا المسلك من المقدمات الوجودية للواجب (غريبة) اذقبل الفسخ لايكون التكليف بالضمان ثابتا كى يكون من المقدمات الوجودية فلا محالة يكون من المقدمات الوجوبية ولو كان الخيار متعلقا بالعين لم يجز ولو كان المدار فى باب الضمان على قيمة يوم التلف لكونه منافيا لحق الغير فلا يجوز (وثانيا) يرد عليه ما اوردناه على الوجه السابق من ان لازم هذا الوجه هو القول الخامس .

الرابع مااستدل به على مذهب الشيخ من عدم انتقال العوضين قبل انقضاء زمان الخيار خصوصا صحيح (١) ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن الرجل يشترى الدابة اوالعبد ويشترط الى يوم اويومين فيموت العبد والدابة ويحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال عليه السلام على البايع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام ويصير المبيع للمشترى بدعوى ان مقتضاه وان كان عدم الملكية الا انا اذالم نقل بذلك فاقرب المجازات

---

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب الخيار حديث ٢

الحمل على ارادة عدم جواز التصرف فى زمان الخيار (وفيه) اولا انه مختص ببعض الخيارات - وثانيا - انه لودل على ذلك لدل على عدم جواز التصرف غير المنافى ايضا - وعدم جواز تصرف من له الخيار - فالمتعين حمله على ارادة معنى آخر و سيجىء (فالمتحصل) مما ذكرناه هو جواز التصرفات من غير فرق بين صورة الفسخ و عدمه.

يجوز تصرف من عليه الخيار وضعا

واما المورد الثانى - فعلى القول بعدم جواز التصرف تكليفا ربما يقال كما فى حاشية السيد ان مقتضى القاعدة بطلان التصرفات الناقلة لان الوجه فيه انما كان تعلق الحق بالعين وهو مانع عن النفوذ ايضا - وهل يكون باطلاصرفا اوحاله حال عقدالفضولى فيصح بعدانقضاء زمان الخيار مع الاجازة اويصح من ذلك الحين بلااجازة وجوه والاقوى هو الاول لان البيع حين صدوره كان مع المانع ولازمه بطلانه اذمقتضاه التاثيرمن حينه ولايمكن ذلك بالفرض وكونه مراعى مستلزم لتخلف المعلول عن علته والفرق بينه وبين بيع الفضولى واضح (اقول) يردعليه اولا ان تعلق الحق لايكون مانعا عن النفوذ فانه يلتزم بنفوذ العقد الثانى ولكن بما ان للبايع الاول حق ارجاع المبيع الى نفسه فالمبيع فى البيع الثانى يكون مقيدا بهذا العنوان ولازم ذلك كون العقد الثانى ايضا منحلا بحل الاول لاقتضاء الفسخ الذى يكون سببا لتلقى الملك من المفسوخ عليه ذلك - وثانيا - انه لوسلم البطلان فالحق انه يصح بعدانقضاء الخيار بلا احتياج الى الاجازة فان العقد حين تحققه وان لم يؤثر الا ان عدم التاثير كان لاجل المانع فبعد ارتفاعه لامانع من تاثيره ولايلزم من كونه مراعى تخلف المعلول عن العلة فتدبر - هذا اذا قلنا بعدم جواز التصرف من جهة تعلق الحق بالعين - واما لوقلنا به للتعبد فعدم الفساد واضح اذالحرمة لاتستلزم الفساد - واما على القول بجواز التصرفات تكليفا كما اخترناه فمقتضى القاعدة نفوذ التصرفات وهوواضح.

واما المورد الثالث - فالانصاف ان شرط الخيار بحسب الغالب انما يكون من

جهة تعلق الغرض بابقاء العين ليستردها بشخصهافابقاء العين من قبيل الشرط المضمر فلابد من العمل على طبقه ـ وحيث ان العمل بالشرط واجب تكليفاكمامر ولافرق فيه بين الشرط الصريح و المضمر فلايجوز التصرفات الناقلة والمتلفة تكليفا لمن عليه الخيارلكونها خلاف الشرط واماالنفوذ وعدمه فمبنيان على ماتقدم فى مبحث الشروط من انه هل توجب ادلة الشرط رفع سلطنة المشروط عليه عن الشرطوضعا املا ـ وحيث ان المختار عدمه كما تقدم فالاظهر هوالنفوذ .

واما المورد الرابع فقد اختار السيد الفقيه ره انه يجبر على الفسخ ـ من جهة انه بالفسخ يرجع نفس ماوقع عليه العقد الى الفاسخ وان كان تالفا ففى حال التلف انما يكون نفس العين فى العهدة وانما يعطى البدل فى مقام تفريغ الذمة وعليه فاذا فرض امكان تحصيله مع تلفه وجب مقدما على اعطاء بدله (و فيه) ان معنى جواز العقد الثانى ان للعاقد فسخه والا فهو بالنسبة الى الفاسخ لازم لاجائز ـ ولاسلطنة له ولاولاية على المشترى المفسوخ عليه حتى يلزمه بفسخ العقد الثانى وانما له السلطنة على العقد الاول بحله فـاذا حله بما ان العين تحت يد غير المفسوخ عليه فيقدر وجودها عنده لترتيب اثر الرجوع الى البدل واما تقديره لاثر آخر و هو ماافاده فيحتاج الى دليل مفقود ـ فالاظهر عدم الاجبار.

العقد الثانى لا ينفسخ بحل الاول

واما المورد الخامس فقد استدل لانفساخ العقد الثانى بحل الاول بان تملك العاقد الثانى مبنى على العقد الاول فاذا ارتفع بالفسخ وصار كان لم يكن و لو بالنسبة الى ما بعد الفسخ كان من لوازمه ارتفاع مابنى عليه من العقد (و فيه) ان العقد الثانى مترتب على صحة الاول ولو آناما ولايتوقف على بقائه ابدا ـ فان صحته فى وقت موجبة لحدوث الملكية المرسلة فيصح العقد الثانى وبعد انحلال الاول لاوجه لانحلال الثانى لعدم ترتب انحلاله على انحلاله .

ثم انه - على القول بانفساخ العقد الثاني فهل يكون من حين فسخ الاول او من اصله قولان اختار ثانيهما المحقق صاحب المقابيس على ما نسب اليه المصنف ره- (واستدل له) بان مقتضى الفسخ تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين ولازم ذلك انفساخ العقد الثاني ورجوع العين الى ملك مالك الاول لتخرج منه الى ملك الفاسخ (ويرد عليه) ان الالتزام بانحلال الثاني انما يكون لتلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه - فهذا امر مشترك بين القولين ولا يصلح دليلا على احدهما (وتوهم) لزوم توقيت البيع والملكية من كون الفسخ من الحين (يدفعه) ان الانفساخ من الحين غير كون البيع موقتا بل هو مرسل وكذلك الملكية والفسخ يوجب رفع ذلك والا فهذا يلزم في كل فسخ من الحين (ويمكن) ان يقال ان مراده ان البايع الاول لو فسخ العقد فاما ان يلتزم برجوع المبيع اليه مع بقاء العقد الثاني - او يلتزم بانحلال الثاني قبل الفسخ ليتلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه - او يلتزم بان العقد الثاني تمليك موقت الى ما قبل فسخ الاول و شيء من ذلك لا يمكن الالتزام به - اما الاول فلمنا فاته لمقتضى الفسخ - واما الثاني فلانه لا وجه للانحلال من دون حل - واما الثالث فلعدم معروفية التملك الموقت في الشرع فيتعين الالتزام بانحلاله من الاول (ولكن يرد عليه) ان مقتضى الجمع بين ما دل على انفساخ العقد الثاني - وما دل على صحة البيع و انتقال المبيع الى المشتري - انتقال المبيع قبل ان ينتقل بالفسخ الى البايع الاول الى المشتري الاول.

واما المورد السادس ففيه اقوال - ثالثها التفصيل بين ما يكون متوقفا على مجيء زمان - فلا تجوز التصرفات فيه على القول بالمنع في الخيار المنجز - و بين ما يكون متوقفا على شيء آخر كالرؤية على الخلاف فيجوز - اختاره المصنف ره - رابعها التفصيل بين ما اذا كان الخيار متاخرا بنفسه و بمنشأه فتجوز واما اذا كان شرط الخيار حاصلا وزمان اعماله متأخرا فلا يجوز اختاره المحقق النائيني ره - والحق ان يقال انه بناء على مانعية حق الخيار من التصرفات ان كان موجودا منع عنها سواء كان زمان الاعمال موجودا ام متاخرا اذ المانع هو الحق الخياري الموجود - وان لم يكن موجودا

لم يمنع عنها ان المانعية فرع الوجود والعلم بانه سيوجد لايصلح للمنع فضلا عما اذا لم يعلم بذلك (وبه يظهر) ما فى القول بالمنع مطلقا وبالجواز كك وما اختاره فى المتن .

التصرف الذی یکون فی معرض التفویت

واما المورد السابع - فعلى القول بجواز التصرفات المتلفة و الناقلة لاكلام فى الجواز - واما على القول بعدمه ففى المسألة وجوه ولعلها اقوال - الجواز مطلقا وعدمه كك والتفصيل بين ماذا علم بتحقق الاستيلاد فعدم الجواز وبين ما اذا شك فيه فالجواز - فالكلام يقع فى مقامين (الاول) ما لو علم بتحقق الاستيلاد والاظهر فيه هو الجواز فان مادل على جواز نقل ام الولد وما نعية الاستيلاد يكون مختصا بالنقل الاختيارى ولا دليل على المنع عن مطلق الانتقال و اوفهرا على ما لكها (واما الثانى) فعلى القول بعدم المنع فى المقام الاول لاكلام واما على القول بالمنع فيه فقد استدل للجواز بوجهين (احدهما) ان المتيقن من المنع هو التصرف المتلف فعلا لحق ذى الخيار واما مجرد كونه فى معرض التلف فلادليل على المنع عنه (واجاب) عنه المحقق النائينى ره بان متعلق التكليف فيما كان حصول الاثر متوقفا على امر خارج عن اختيار المكلف هو نفس فعل المكلف فما يحرم عليه فى المقام هو الوطء لاحصول العلوق فهو بنفسه تفويت لحق ذى الخيار لانه فى معرض ذلك (وفيه) ان الوطء من حيث انه وطء لامنع عنه ولذا يجوز مع العزل ومع القطع بعدم الاستيلاد والمنع عنه انما هو فيما كان موجبا للاستيلاد وحيث انه مشكوك فيه وغير معلوم فيرجع الى اصالة البرائة و يثبت الجواز (ثانيهما) التمسك باستصحاب عدم العلوق وعدم صيرورة المرئة الموطوئة حبلى - واورد عليه المحقق النائينى ره بانه استقبالى - وليس له حالة سابقة الا بالعدم المحمولى والجواز مترتب على عدم كون هذا الوطء موجبا للحمل وهذا غير مسبوق بالعدم (ولكن) يرد على الاول ماحققناه فى محله من جريان الاستصحاب فى الاستقبالى ايضاً - ويرد على الثانى - ان المختار جريان

الاصل فى العدم الازلى - مع - ان الايلاد مترتب على القاء النطفة ترتب المسبب التوليدى على سببه فحين القاء النطفة يشك فى تحقق الايلاد فيستصحب عدمه ولا حاجة الى اثبات انه لايتولد منه بنحو العدم النعتى فالاظهر هو الجواز .

اجارة العين فى زمان الخيار

واما المورد الثامن- فالكلام فيه فى مقامات (الاول) فى انه هل يجوز التصرف الاجارى على القول بالمنع من التصرفات الناقلة والمتلفة املا (واستدل) للمنع بان لازم الفسخ استرداد العين خارجا والاجارة منافية لذلك فان لازمها سلطنة المستاجر على امساك العين لاستيفاء المنفعة (وفيه) ان الفسخ لايقتضى الااسترداد العين ملكا واما استردادها خارجا فهو مقتضى تسلط الناس على اموالهم ولامجرى لذلك بعد كون العين متعلقة لحق الغير- والاظهر هو الجواز لا لما افاده المصنف ره من كونه ملكا فان توهم المنع لم يكن من ناحية عدم الملك بل من ناحية كون العين متعلقة لحق الخيار (بل) لان حق الخيار وان كان متعلقا بالعين لاينافى اجارتها فانه لايقتضى الا اعادة العين الى ملكه .

المقام الثانى فى ان عقد الاجارة هل ينفسخ بفسخ البيع لخصوصية فيه ام لا بعد الفراغ عن صحته اما الماذكرناه اوفيما اذا استاجر من ذى الخيار او باذنه -وقد استدل للانفساخ بوجوه (احدها) ان ملكية من عليه الخيار للعين ومنافعها ملكية مرسلة غير موقتة بالفسخ فالمنفعة بعد الفسخ لم تكن له فبالفسخ تبطل الاجارة (وفيه) ان ملكية المشترى للعين ومنافعها ملكية مرسلة غير موقتة والفسخ يكون رافعا لها -وعليه فبالفسخ تعود العين واما منافعها فحيث انها انتقلت الى المستأجر فلا تعود ملكيتها اليه (ثانيها) ان الفسخ يقتضى عود الملك لاملكية اخرى -فالفسخ يوجب رفع ما اوجب انتقال العين ومنافعها الى المشترى فيعود ملكه لها مستندا الى ماكان قبل تملك المالك فيتبعه المنفعة كمالو فرضنا زوال الملك بانتهاء سببه لا برفعه كمافى ملك البطن الاول من الموقوف عليهم فان المنفعة تتبع مقدار تملكها (وفيه) ان المشترى اذا كان مالكا للعين ومنافعها

بملكيةمطلقة فاجرها صارت المنفعة ملكا للمستاجر ـ فبالفسخ تعودالعين ولاتعود المنفعة للمانع وهو كونها ملكاللمستاجر ولايقاس بما اذاكان ملكية المنفعة ملكية موقتة (الثالث) مايختص بفسخ البيع بخيار ردمثل الثمن وهو ان البايع ببيعه الخيارى يشترط بالشرط المضمر ابقاء العين مع المنفعة فانفساخ الاجارة انما يكون لاجل كون الاجارة بعدالفسخ خلاف الشرط ولعل هذا هومراد المحقق القمى ره (ولكن) يرده ماتقدم من ان الشرط لايوجب رفع السلطنة الوضعية فالاظهر عدم انفساخ الاجارة

المقام الثالث فى انه هل تتدارك المنفعة المستوفاة بالاجارة ام لا وجهان اظهرهما التدارك فان الفسخ يوجب رد العين بمالها من المنافع الى مالكها الاول فكما انه اذاكانت العين تالفة يجب رد بدلها كك اذاكانت منافعها تالفة بالاجارة أوغيرها يجب رد بدلها وبذلك يظهر انه يتدارك باجرة المثل لاالاجرة المسماة .

قوله قده بل ظاهر المحكى عن الجامع الخ وجه الظهور اقتصاره على نقل القولين اذ لوكان قول ثالث وهو الملك مع جواز التصرفات لذكره .

قوله قده بل المتعين ح الاستناد الى عدم حصول الملك الخ وايضا لايكون المنع على هذا مختصا بالتصرف المانع عن الاسترداد بل كان لازمه عدم جواز شىء من التصرفات :

قوله قده وان غاية الملك التصرف الخ ليس غاية الملك خصوص التصرف المانع عن الاسترداد كى يكون المنع عنه منافيا للملك .

قوله قده لبنائه على التغليب الخ وفيه ان بناء العتق على التغليب مورده ما لوانعتق بعض المملوك لاما اذاكان السبب ممنوعا عنه .

قوله قده و اختار بعض افاضل من عاصرناهم الخ المراد به المحقق صاحب المقابيس ره و حاصله جواز التصرف المعاملى وضعا والمنع عن الاتلاف تكليفا .

قوله قده حجة القول بالمنع ان الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين الخ الظاهر ان نظره الى ماافاده المحقق النائينى ره الذى ذكرناه فى المورد الاول

مع ما يرد عليه .

قوله قده فلدلالة العرف لا للمنافاة الخ سيجيء الكلام في ان الاذن في التصرف مسقط للخيار ام لا ووجه كونه مسقطا فانتظر .

قوله قده و لا ينافي ذلك بقاء الخيار مع التلف الخ وجه عدم المنافاة ان هناك خيارا وشرطا ولو تلف ينتفي موضوع الشرط ويبقى الخيار بحاله .

قوله قده ففي تقديم حق الخيار لسبقه او الاستيلاد الخ ان قلنا بان حق الاستيلاد انما يمنع عن نقلها اختيارا ولا يمنع عن نقلها بغير الاختيار لا اشكال في تقدم حق الخيار. وان قلنا بكونه مانعا عن نقلها مطلقا. فبناء على تعلق حق الخيار بالعقد دون العين وجواز الوطء لا اشكال في تقديم حق الاستيلاد فان حاله حال ساير التصرفات الناقلة وان قلنا بتعلقه بالعين فان كان الوطء باذن من له الخيار كان ذلك مسقطا لخياره على ما سيأتي. وان كان بدون اذنه حرم الوطء ام جاز .قدم حق الاستيلاد لان حق الخيار له بدل وهو الفسخ واخذ البدل وهو لا بدل له. وان شئت قلت ان حق الخيار وان تعلق بالعين الا ان ذلك مع بقائها واما مع تلفها فينتقل الى بدلها ودليل حق الاستيلاد يجعل المانعية فلا تعارض بينهما بل يعمل بكليهما .

قوله قده محتجا بان مقتضى الفسخ تلقى كل من العوضين الخ وقدمر توجيه كلام هذا البعض بما يندفع به جملة مما اورد عليه مع ما يرد عليه .

قوله قده من ان المانع عن التصرف هو تزلزل العقد الخ لا يكون التزلزل مانعا عن التصرف بل المانع متمحض في الحق الفعلي .

قوله قده كالغبن والعيب والرؤية الخ الخيار في هذه الموارد ثابت قبل الظهور و قد صرح المصنف ره بذلك في خيار الغبن ومع الحق الفعلي كيف ينفي الخلاف ظاهرا في جواز تصرف من عليه الخيار في الثلاثة وقد افتى جماعة بالمنع مع الخيار.

قوله قده من كونه ملكا الخ قدمر ان هذا الوجه لا يصلح دليلا على الجواز

فان توهم المنع من ناحية المانع لاعدم المقتضى فالتعليل للجواز بوجود المقتضى فى غير محله .

قوله قده ثم ان الفاضل القمى فى بعض اجوبة مسائله جزم الخ

وقد تقدم فى المورد الثامن توجيه كلام المحقق القمى ره بما لا يرد عليه ما افاده المصنف ره وان ما افاده غير الوجه المتقدم .

قوله قده ثم انه لا اشكال فى نفوذ التصرف باذن ذى الخيار و انه يسقط خياره بهذا التصرف الخ اقول ان كان الخيار متعلقا بالعين كان الاذن فى التصرف موجبا لجوازه ولم يكن دالا على الالتزام بالعقد ولارضابه ولادالا على اسقاط الخيار (وبعبارة اخرى) انه ح يكون اذنا فى تفويت محل الحق الذى كان لايجوز بدونه فما لم يفت لا وجه لسقوطه كما لو اذن فى اتلاف ماله فانه مالم يتلف يكون خارجا عن ملكه ولا يكون الاذن مخرجا له عن ملكه - ولا التصرف مسقطا و ان كان تفويتا لمحل الحق باذنه فان تفويت محل الحق لا يوجب سقوطه و لذا لو اتلفه كان الحق باقيا ولافرق الابحرمة الاتلاف تارة واباحته اخرى - وان كان متعلقا بالعقد كان الاذن فى التصرف لولا كونه التزاما بالعقد ورضابه اواسقاطا للخيار لغوا فلامحالة يكون دالا على الالتزام بالعقد واسقاطا لحقه بالكلية عرفا - واما التصرف نفسه فهو لايكون مسقطا ولامفوتا لمحل حقه .

وبماذكرناه ظهر امور (الاول) ان الوجهين المذكورين فى المتن لمسقطية الاذن والتصرف لوتما - كانت تمامية كل منهما على مسلك ولا يردان على محل واحد (الثانى) ان ما افاده المحقق الايروانى ره من انه لادلالة لولا المنافاة غير تام (الثالث) ان ما افاده المحقق النائينى ره فى وجه بطلان مسقطية الاذن من انه لو كان مسقطا والتزاما بالعقد لزم سقوطه ولو لم يتصرف الماذون ولا يمكن التزام به - غير وجيه - فانه لم يلتزم به بعد دلالته عليه عرفا والغريب انه يسلم دلالة الاذن بتصرف الاجنبى على الفسخ من ناحية انه لامعنى لان ياذن غير المالك فى التصرف فى المال فيجب حمله على الفسخ - مع - ان هذا الوجه بعينه يجرى فى الاذن

بتصرف المالك اذلامعنى للاذن فى ان يتصرف المالك فى ماله فيجب حمله على كونه اجازة والتزاما بالعقد.

قوله قده والتسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشترى متعلقا للحق الخ

وفيه ان التصرف نفسه لايكون مفوتا لمحل الحق بجميع مراتبه ولذا لواتلفه من غير اذن كان الخيار باقيا والاذن انما يؤثر فى رفع المنع ولا اثر له غير ذلك (فالمتحصل من ماذكرناه مسقطية الاذن لو كان الخيار متعلقا بالعقد وعدم مسقطيته لو كان متعلقا بالعين وان التصرف نفسه لايكون مسقطا على المسلكين.

المبيع يملك بالعقد

(قوله قده المشهور ان المبيع يملك بالعقد واثر الخيار تزلزل الملك الخ

لايخفى انه حيث لايكون احد الوجوه والاقوال اجماعيا وعلى فرضه لايكون تعبديا فلايهمنا اطالة الكلام فى نقل الاقوال والنزاع فى بيان مرادالقوم بل المتعين صرف عنان الكلام الى بيان ادلة الطرفين - و الكلام فيه يقع فى مقامين-الاول-فى ادلة حصول الملك بالبيع وعدم توقفه على انقضاء الخيار-الثانى فى مااستدل به على توقفه على انقضائه.

اماالاول - فما يدل على ذلك اوتوهم دلالته امور (احدها) العمومات مثل(١) احل الله البيع و دليل (٢) التجارة عن تراض ونحوهما والاستدلال بها يتم معضم ما افاده صاحب الجواهر ره الذى نقله المصنف ره بقوله و اشد ضعفا من الكل ما قيل من ان المقصود للمتعاقدين الخ وتقريب الاستدلال ان المقصود بالبيع هو الملكية المطلقة و هى انما تكون من حين العقد ومقتضى العمومات امضاء البيع على ما قصد فلو حصل الملك بعد انقضاء الخيار يكون غير ما قصداه و يحتاج الى دليل مفقود وتحقق الملك بعد القبض فى الصرف والسلم انما هولاجل دليل خاص

---

(١) البقرة آية ٢٧٥

(٢) النساء آية ٢٩

مقيد لاطلاق الادلة - وبماذكرناه ظهر ان شيئا من الوجهين . اى العمومات وتخلف العقد عن القصد - لايصلح دليلا مالم يضم احدهما الى الاخر (ثانيها) لفظ الخيار فى قولهم(١) البيعان بالخيار(وفيه) ان هذاالاستدلال يتم لو كان الخيارعبارةعن حق استرداد العين اذلايعقل الاسترداد الامع الخروج عن الملك واما لو كان عبارة عن حق حل العقد والعقد بماهو مع قطع النظر عن حصول الملك به له وفاء ونقض فلا يدل على المقام وبه يظهران المصنف الذى يرى ان حق الخيارهوحق حل العقد لاوجه لاستدلاله بهذا الوجه (ثالثها) مادل (٢) على جوازالنظر فى الجارية فى زمان الخيار الى مالايحل له قبل ذلك واورد عليه المصنف ره بانه يمكن ان يكون نظير حل وطء المطلقة الرجعية الذى يحصل به الرجوع - فيكون الملك حاصلا بنفس النظر الموجب لسقوط الخيار ويرد عليه مضافا الى ذلك ان الشيخ لاينكر حصول الملك فى زمان الخيار المختص بالمشترى كما فى المقام .

وللمحقق النائينى - فى المقام كلام ذكره ايرادا على المصنف ره و هو ان التصرف فى وطء المطلقة الرجعية وقع ممن له الحق - و فى المقام يقع ممن عليه الخيار فلو لم يكن مالكا لكون العقدخيار ياحرم النظر - والظاهر انه سهو من قلمه الشريف فان خيارالحيوان للمشترى والسؤال انما هوعن نظره اليها (رابعها) ماورد(٣) من الادلة الدالة على ان نماء المبيع للمشترى و تلفه منه فى بيع الخيار بشرطرد الثمن ومقتضى اطلاقها ان النماء له وان كان الشرط هو الخيار من اول العقدمقيدا برد مثل الثمن - وحيث ان النماء تابع للاصل ومن لوازم الملك فيستكشف من ذلك حصول الملك قبل انقضاءالخيار (خامسها) النصوص الواردة فى العينة وهى ان يشترى الانسان شيئا بنسيئة ثم يبيعه باقل منه نقدا - كصحيح(٤) بشار بن يسار عن ابى عبدالله

---

(١) الوسائل - باب ١- من ابواب الخيار

(٢) الوسائل باب ٤- من ابواب الخيار حديث ٣

(٣) الوسائل باب ٨- من ابواب الخيار حديث ١

(٤) الوسائل باب ٥-من ابواب احكام العقود حديث ٣

عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتريه من صاحبه الذى يبيعه منه قال نعم لا باس به فقلت له اشترى متاعى فقال ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك - والاستدلال بها ليس بتضمنها جواز البيع من البايع كى يقال انه جائز حتى عند القائل بعدم حصول الملك على القاعدة او بالتعبد بل بقوله فى الصحيح ليس متاعك فان حكمه بعدم كونه للبايع وان كان فى زمان الخيار يشهد بذلك والايراد عليه كما فى المتن بانه يمكن ان يكون ذلك اشارة الى الخروج عن الملك بالتواطىء على المعاملة الثانية المسقط للخيار فحين المعاملة الثانية ليس متاعك - خلاف الظاهر - فان ظاهره نفى كونه متاعا له من ناحية البيع اى ليس متاعك حيث بعته - نعم - يرد عليه انه لم يفرض فى مورد الصحيح خيار وليس الخبر فى مقام البيان من هذه الجهة كى يتمسك باطلاقه فتامل

وبما ذكرناه يظهر الحال فى الاستدلال لهذا القول بصحيح (١) محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام عن رجل اتاه رجل فقال ابتع لى متاعا لعلى اشتريه منك بنقد او بنسيئة فابتاعه الرجل من اجله قال ليس به بأس انما يشترى منه بعد ما يملكه - وان الاستدلال به انما يكون بتصحيح الامام عليه السلام البيع الثانى بحصول الملك و ظاهره حصوله بالاشتراء فى المعاملة الاولى لا بالتعريض للبيع الثانى وليس الاستدلال بصحة البيع الثانى حتى يقال انه جائز عند من يقول بعدم الملك اذا لتعريض مسقط للخيار (وما) فى المتن من انه على فرض الدلالة يدفع النقل لا الكشف - يرد عليه - ان ظاهره التملك بالاشتراء لا بالاشتراء المتعقب بالبيع فتدبر فانه دقيق .

سادسها - النبوى (٢) المشهور - الخراج بالضمان - وتقريب الاستدلال به ان المبيع فى زمان الخيار المشترك او المختص بالبايع فى ضمان المشترى فخراجه له وبقاعدة التلازم بين ملك المنفعة وملك العين يثبت حصول الملك بنفس العقد (اقول)

---

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب احكام العقود حديث ٨

(٢) المبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان - وصحيح الترمذى ج ٥ ص ٢٨٥ وسنن ابى دواد ج ٢ ص ٢٥٥

بعد تسليم قوة سنده لعمل قدماء اصحابنا بهمع انه محل نظر. قدمر فى مبحث المقبوض بالعقد الفاسد ان فيه احتمالات اظهرها كون المراد بالضمان المعنى المصدرى مع امضاء الشارع له وانه يختص الخبر بالعقود المعاوضية الصحيحة ويدل على انها توجب ملك المنافع كما توجب ملك العين - وعليه فلايتم هذا الاستدلال - نعم - يمكن تقريب الاستدلال بطريق آخر وهو ان النبوى ظاهر فى ان المعاوضة الصحيحة توجب ملك المنفعة بلاتوقف على شيء آخر ومن ملك المنفعة يستكشف ملك العين (سابعها) السيرة العقلائية فانها جارية على ترتيب آثار الملك على الشيء المشترى من دون انتظار لانقضاء زمان الخيار (فتحصل) ان العمومات والروايات الخاصة والسيرة تدل على حصول الملك قبل انقضاء الخيار.

واما المقام الثانى - فقد استدل على عدم حصوله الابعد انقضاء الخيار بوجوه (احدها) ان الغرض من الملك وغايته التصرف الممتنع فى زمان الخيار (وفيه) اولا - انه يجوز كما تقدم - وثانيا - انه لوسلم عدم الجواز فهو فى التصرف المتلف والناقل لاكل تصرف - وثالثا - انه لاملازمة بين امتناع التصرف وعدم حصول الملك (ثانيها) النصوص الدالة على كون تلف المبيع من مال البايع فى زمان الخيار كصحيح (١) ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن الرجل يشترى الدابة اوالعبد ويشترط الى يوم اويومين فيموت العبد والدابة او يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البايع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام ويصير المبيع للمشترى شرط له البايع اولم يشترط قال وان كان بينهما شرط اياما معدودة فهلك فى يد المشترى قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البايع ونحوه غيره - وتقريب الاستدلال بها من وجهين (الاول) ان قوله حتى ينقضى الشرط ويصير المبيع له ظاهر فى توقف الملك على انقضاء الخيار واما قبله فلايصير للمشترى (وفيه) انه بعد دلالة الادلة المتقدمة الصريح بعضها كقوله عليه السلام

---

(١) اورد صدره فى الوسائل باب ٥ - من ابواب الخيار حديث ٢ وذيله فى باب ٨ - منها حديث ٢ -

ليس متاعك على حصول الملك بالعقد يتعين صرف ذلك عن ظهوره وحمله على الملك المستقر وانه لايكون مستقرا عليه الابعد انقضاء الخيار (الثانى) ان يضم الى هذه النصوص مادل على ان المنافع تابعة للضمان او ملازمة معه كالنبوى المتقدم آنفا الخراج بالضمان فانه يستنتج منهما ان الضمان على البايع والمنافع له وبدليل تبعية ملك المنافع لملك العين يستكشف ان المبيع فى زمان الخيار للبايع (وفيه) انه لادليل على التلازم بين الضمان وملكية المنافع والنبوى قد عرفت ان مفاده ان التضمين العقدى ملازم لملكية المنافع مضافا الى ضعف سنده والاصحاب اتفقوا على ان منافع المغصوب لمالكه مع ان الغاصب ضامن له - مع - ان الشيخ و من تبعه غير ملتزمين بذلك فى الخيار المختص بالمشترى فانهم بانون على حصول الملك بالعقد .

وقد اجاب المصنف ره عن هذا الاستدلال بجواب آخر (حاصله) ان فى المقام طوائف من الادلة - احداها - ادلة المشهور الدالة على حصول الملك بالعقد- ثانيها- دليل التلازم بين الضمان والملك- ثالثها - النصوص المشار اليها الدالة على ضمان البايع للمبيع فى زمان الخيار وهذه متعارضة والجمع بينها انما يكون باحد نحوين اما بجعل النصوص المتضمنة لان تلف المبيع من مال البايع فى زمان الخيار مخصصة لادلة المشهور فيكون مفادها ان الملك يحصل بالعقد الا اذا كان خياريا- واما بجعل تلك النصوص مخصصة لقاعدة التلازم بمعنى ان المبيع يملك بالعقد وان كان خياريا الا ان ضمان هذا المبيع على البايع الذى هو غير مالك - وانما لم يحتمل التصرف فى النصوص المشار اليها لصراحتها - فيدور الامر بين رفع اليد عن اصالة العموم فى احدى تينك الطائفتين والترجيح مع ادلة المشهور لوجوه اعظمها الشهرة (وفيه) انه لوعلم بتخصيص احد العامين من وجه مقتضى القاعدة سقوطهما عن الحجية والشهرة ليست مرجحة للدلالة وانما هى مرجحة للسند (مع) ان المراد بالتلازم بين الضمان والملك ان كان هو التلازم بين الضمان وملك المنافع وبتبعه ملك العين فيرد عليه ما تقدم من عدم التلازم وان كان هو التلازم بين الضمان بمعنى الخسارة وكون تلف الشىء خسارة منه لاعليه والملك فهو وان كان عقليا الا ان الجمع بين الادلة انما يكون بالالتزام بالملك

من حين العقد والانفساخ قبل التلف آناما .

ثالثها صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام في رجل اشترى شاة فامسكها ثلاثة ايام ثم ردها فقال(ع) ان كان في تلك الثلاثة الايام يشرب لبنها رد معها ثلاثةامداد وان لم يكن لها لبن فليس عليه شيء - بتقريب - انه لوكان مالكا كانت المنافع له ولم يكن وجه لرد ثلاثة امداد (وفيه) مامر من عدم عمل الاصحاب به فانه متضمن للرد بعد ثلاثة ايام ولاخيار بعدها .

رابعها النصوص المتضمنة ان من اشترى شيئا بشرط واراد بيعه فليوجبه على نفسه كخبر (٢) السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوبا بشرط الى نصف النهار فعرض له ربح فاراد بيعه قال ليشهد انه قدرضيه فاستوجبه ثم ليبيعه ان شاء فان اقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه (وفيه) ان هذه النصوص لم يعمل بها الاصحاب لان تصرف ذي الخيار جائز بالاتفاق و موجب لسقوط الخيار بلاتوقف على الاجازة والالتزام بالعقد قبله (فتحصل) انه لادليل على توقف الملك على انقضاء الخيار - فما - هو المشهور - اقوى -.

قوله قده انما تجدى في مقابل من ينكر تملك المشترى الخ مراده ان هذه الاخبار انما تجدى من ينكر تملك المشترى مع اختصاص الخيار لورودها في الخيار المختص به ولاتجدى لمثل شيخ الطائفة وابن سعيد القائلين بتملك المشترى مع اختصاص الخيار به فكلمة (في مقابل) زائدة .

قوله قده ثم ان مقتضى اطلاق ما تقدم - عمومه للخيار المنفصل الخ

العمدة ملاحظة الادلة - فان كان مدرك توقف الملك على انقضاء الخيار النصوص الدالة على ان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له يختص هذا الحكم بخيار الحيوان والشرط والمجلس على تامل فيه لاختصاصها بها - وان كان المدرك المنع من التصرف

---

(١) الوسائل باب ١٣ - من ابواب الخيار حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٢ من ابواب الخيار حديث ١

فيكون مختصا بالخيار المتصل لماتقدم من عدم المنع على القول به في المنفصل

المبيع فی ضمان من ليس له الخيار

قوله قده ومن احكام الخيار كون المبيع فی ضمان من ليس له الخيار فی الجملة الخ لايخفی ان موضوع هذه المسئلة مالو تلف المبيع اوالثمن فی يدمالكه الفعلی مع كون الخيار له كما لو كان الخيار للمشتری وتلف المبيع فی يده -او كان الخيار للبايع وتلف الثمن فی يده -اما لو تلف المال تحت يدمالكه وكان الخيار لطرفه كمالو كان الخيار للبايع وتلف المبيع فی يد المشتری او كان الخيار للمشتری وتلف الثمن فی يد البايع فكون الضمان على من لاخيار له مطابق للقاعدة (ثم ان) هذا الحكم فی الجملة مما لاكلام فيه ولا اشكال ويشهد به النصوص الخاصة المتقدمة فی المسألة السابقة و انما الكلام وقع فی مواضع - وقبل التعرض لها لابد من تاسيس الاصل ليكون هو المرجع عند فقد الدليل على احد الطرفين فی تلك المواضع .

فاقول - ان الاصل هو عدم الضمان. وذلك لوجوه (الاول) استصحاب عدم انفساخ العقد والبرائة عن ضمان الغرامة (الثانی) عموم(١) او فوا بالعقود فان العقد بعد تلف احد العوضين يكون باقيا فيجب الوفاء به و مقتضى العقد بدلية المبيع للثمن بلا شیء آخر من المثل اوالقيمة (الثالث) الرواية الخاصة وهی خبر (٢) عقبة بن خالد الاتية فی مسألة تلف المبيع قبل القبض وفی ذيلها- فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتی يرد ماله اليه - فانه صريح فی انه لو قبض المتاع فالضمان لايكون على البايع بل ضمانه على من يكون المال فی يده فتامل .

وقد استدل على ضمان من ليس له الخيار مطلقا - باستصحاب الضمان الثابت قبل القبض (وفيه اولا) انه اخص من المدعى اذ ربما يكون المبيع من اول العقد فی

---

(١) المائدة آية ٢
(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب الخيار

يد المشترى فلاضمان على البايع حتى يستصحب ـ ولايمكن اثبات الحكم فيه بعد جريان الاستصحاب فيمالم يكن مقبوضا في اول العقد بضميمة عدم القول بالفصل فان ذلك انما يكون بين الحكمين الواقعيين (وثانيا) ان المراد بالضمان اما ان يكون ضمان الغرامة ـ اوضمان المعاوضة ـ لاسبيل الى اجراء الاستصحاب على التقديرين ـ اما على التقدير الاول فلان الثابت قبل القبض كما سياتى ضمان المعاوضة دون ضمان الغرامة ـ واما على الثانى ـ فلان ضمان الغرامة وان كان من الاحكام الوضعية الاعتبارية ـ الاان ضمان المعاوضة وهو انفساخ العقد لايكون الاحكما شرعيا بانه لو تلف ينفسخ العقد ـ وحيث انه لم يتلف فالمعلوم السابق ليس الاهذا الامر التعليقى ـ وقد حقق فى محله انه لايجرى الاستصحاب التعليقى (وثالثا) ان العمومات مقدمة على الاستصحاب ـ فالحق ان مقتضى الاصل الاولى عدم الضمان ـ اذا عرفت هذا فاعلم ان مورد الكلام مواضع .

يختص هذا الحكم بخيارى الحيوان والشرط

الاول ـ ان هذا الحكم هل يختص بخيارى الحيوان والشرط كما عن الجواهر ـ ام يعم خيار المجلس لو كان للمشترى فقط كما لو اسقطه البايع ـ كما مال اليه المصنف ام يكون ثابتا فى جميع الخيارات كما هو المنسوب الى المشهور وجوه

وجه الاول اختصاص النصوص من حيث المورد بهما خصوصا بملاحظة ذكر المدة فى جميع الروايات الا النبوى (١) فى رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة ايام فمات العبد فى الشرط قال صلى الله عليه وآله يستحلف بالله مارضيه ثم هو برىء من الضمان المروى فى قرب الاسناد .

واستدل للثانى ـ بان الشرط الذى جعل انقضائه غاية لضمان من لاخيار له اطلق فى النصوص على خيار المجلس (وفيه) ان المراد بالشرط فى نصوص الباب

---

(١) الوسائل ـ باب ٥ ـ من ابواب الخيار حديث ٤

هو ماذكر فيها سابقا سؤالا وجوابا وهو الخيار الذى يشترطه المتبايعان .

واستدل للثالث - بوجهين (احدهما) صدق الشرط على مطلق الخيار (وفيه) ماتقدم آنفا (ثانيهما) استفادة المناط الذى يعم جميع الخيارات من قوله عليه‌السلام فى ذيل الرواية(١)حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام ويصير المبيع للمشترى - فانه يستفاد منه بعد حمل يصير المبيع له على ارادة صيرورته ملكا لازما للفراغ عن كونه ملكا له قبل انقضاء الخيار - ان المناط فى الضمان عدم استقرار الملك لكون مالكه ذاخيار يقدر ان يسلب الملكية عن نفسه وان فى مثل ذلك يكون تلف ماله على غيره وعليه فلافرق بين الخيارات لان هذا المناط موجود فى جميعها (وفيه) ان كلمة حتى قلما يتفق استعمالها فى العلية ومعناها غالبا هى الغاية وهى ظاهرة فيها فى الخبر فلايستفاد العموم من الخبر (وبعبارة اخرى) لاسبيل الى احراز ان ماذكر هو تمام العلة بحيث يتعدى عن مورد النصوص الى غيره.

واما - ما اورده المصنف ره عليه بعد الاعتراف بانه المناط بان الظاهر منه بقرينة حتى الظاهرة فى الاستمرار من حال العقد الى حين انقضاء الخيار الاختصاص بما اذاكان التزلزل من اول الامر وهذا مختص بالخيارات الثلاثة اذ فى الخيارات الاخر غير الثلاثة يحدث التزلزل بعد ان كان العقد لازما (فيرده) انه فى خيارى الغبن والعيب يحدث التزلزل من حين العقد لامن بعد الظهور (مع) ان كلمة حتى وان كانت ظاهرة فى الاستمرار الا ان كون المبدأ من حين العقد اوغيره فلادلالة للفظة حتى عليه جزما

اختصاص هذا الحكم بالمبيع الشخصى

الثانى - هل تختص هذه القاعدة بالمبيع ام تعم الثمن - وجهان (وجه الاول) اختصاص الاخبار بالمبيع وجه الثانى - امران (احدهما) عموم المناط وان الملاك تلف الملك المتزلزل ولو كان ثمنا (وفيه) مضافا الى ماتقدم من عدم كونه علة انه لو سلم ذلك فالعلة هى صيرورة المبيع ملكا مستقرا للمشترى كما فى الخبر لا صيرورة البيع لازما والفرق واضح (ثانيهما) استصحاب ضمان المشترى الثابت قبل قبضه - وقد تقدم عدم جريانه فالاظهر هو الاختصاص.

الثالث - ان القاعدة هل تختص بالمبيع الشخصى اومع الثمن الشخصى ام تعم

(١) الوسائل باب ٥- من ابواب الخيار حديث ٢

الكلي منهما بعد التطبيق على الفرد -وجه الاول- امران (احدهما) ظهور النصوص بقرينة مافيها من استناد التلف و الهلاكة وما شابههما في الشخصي فان الكلي اذا كان مبيعا اوثمنا لاتلف له ولاهلاكة والفرد ليس مبيعا (ثانيهما) ان مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لاخيار له بقائه على ماكان عليه قبل القبض ودخول الفرد في ملك المشتري لايستلزم انفساخ العقد بل معنى الضمان بالنسبة الى الفرد صيرورة الكلي كغير المقبوض وهذا ممالا يدل عليه الاخبار (اقول) يمكن ان يقال ان المبيع اذا كان كليا وطبق على الفرد يصير البيع مستقرا عليه فيكون هو المبيع بالحمل الشايع- ويكون للمبيع ح التلف والهلاكة - ومعنى ضمانه ح انفساخ المعاملة لاصيرورة الكلي كغير المقبوض بحيث يعود الثمن كليا فان عوده كك بعد التشخص كما ترى فالاظهر هو التعميم .

المستفاد من النصوص كون هذا الضمان ضمان المعاوضة

الرابع ان الضمان المستفاد من هذه النصوص هل هو ضمان المعاوضة وانفساخ العقد قبل التلف آناما كما هو المشهور ام هو ضمان الغرامة والرجوع على البايع بقيمته وبدله على تقدير عدم الفسخ كما عن الشهيدين والعلامة قولان واما ساير الوجوه المحتملة في المتن وغيرها فلم نجد قائلا بشيء منها - وتنقيح القول فيه بالتكلم في مقامين (الاول) فيما يستفاد من ظواهر النصوص (الثاني) في الحكم بلحاظ القواعد الخارجية الشرعية اما الاول - فظاهر قوله عليه السلام في صحيح ابن سنان (١) وان كان بينهما شرط اياما معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البايع- هو الانفساخ اذ كلمة من اما نشوية او تبعيضية او للابتداء وعلى جميع التقادير ظاهرة في ذلك- اما على الاول- فلان نشو الهلاكة من مال البايع وعروضها عليه عبارة اخرى عن صيرورته ملكا له قبلها وحيث انه لايصير ملكا له مجانا بل بالعوض فيعود الثمن ايضا الى المشتري- واما على الثاني- فلان ظاهره ح كون المبيع الهالك مال البايع وحيث لايعقل ذلك فيقدر ملكه له قبل التلف آناما - واما على الثالث فلان الضمير ح وان كان يرجع الى المبدأ المستفاد من قوله فهلك نظير اعدلوا هو اقرب للتقوى الا ان ظاهر كون هلاكة المبيع من مال البايع كونه ملكا له قبل التلف اذ فرق بين كون

(١) الوسائل باب ٨- من ابواب الخيار حديث ٢

التلف من البايع وكونه على البايع وظاهر الاول ماذكرناه .

وقداستدل للقول الثاني (قوله) على البايع في جواب السائل على من ضمان ذلك بدعوى ظهور ضمان المال التالف في الغرامة والخسارة لمال الغير - فان الانسان لايكون ضامنا لمال نفسه هذا مضافا الى التعبير بلفظ على فان تلف مال كل احد منه خسارة منه لا عليه (وبالجمع) بين التلف و الحدث في جملة من النصوص مع انه لا انفساخ في الحدث كما سيأتي فالضمان المنسوب اليهما بمعنى واحد وهو الغرامة (ولكن) يرد على الاول ان السؤال عن ضمان ماتلف في ملك المشترى بانه هل تكون خسارته على البايع او المشترى مما لايتصور له وجه معقول اذ لايتوهم عاقل كون المشترى غارما لما تلف في ملكه - فلامحالة يكون المسئول عنه اما ضمان المعاوضة او الجامع وعلى التقديرين لايعارض مع الظهور المتقدم - وبه يظهر الجواب عن التعدى بحرف الاستعلاء وكذا عن الجمع بين التلف و الحدث.

واما المقام الثاني - فالقول بالانفساخ مخالف لقاعدة اصالة بقاء العقد المستفادة من اوفوا بالعقود وغيره - واما القول بالغرامة فهو مخالف لاصالة البراءة عن وجوب تدارك التالف في ملك صاحبه فكل منهما مخالف لقاعدة لااولوية لاحد القولين من الاخر من هذه الجهة (وقد يقال) كما في المتن بان القول بالغرامة مخالف لقاعدتين احداهما ما اشرنا اليه - ثانيتهما - قاعدة الخراج بالضمان - الدالة على ان المنافع لمن يكون ضامنا للمال فانه على هذا البايع ضامن له و المنافع للمشترى (ويرد عليه) ان قاعدة الخراج بالضمان بهذا المعنى لااساس لها وقد تقدم الكلام فيها في المقبوض بالعقد بالفاسد وسيأتي في مسألة التلف قبل القبض والمخالفة للقاعدة الاولى وان لزمت الا ان القول بالانفساخ ايضاً مخالف لقاعدة اخرى كما عرفت (وقد يقال) بان القول بالانفساخ مخالف لقواعد اربع - و سيأتي في مسألة التلف قبل القبض توجيهه ومايرد عليه فانتظر (ثم انه) سيأتي في تلك المسألة ان الانفساخ انما يكون من حين العقد ويكون حقيقيا لاحكميا وجميع مانذكره في تلك المسألة جارية هنا

الخامس - انه لو كان التالف هو الجزء انفسخ العقد بالنسبة اليه ولو كان هو

الوصف الراجع الى وصف الصحة لا اشكال فى شمول القاعدة له لقوله عليه السلام فى الصحيح او يحدث فيه حدث. فان المراد بالحدث اعم من الجزء والوصف ـ انما الكلام فى معناها ح اذ لا يعقل الانفساخ بالاضافة اليه لفرض عدم مقابلته بالثمن ـ وقد افاد المصنف ره فى تقريب ما يستفاد منها بالنسبه الى الوصف ما تقدم فى خيار العيب مع جوابه وقد تقدم هناك ما يوضح ذلك فراجع .

حكم اتلاف المبيع فى زمان الخيار

السادس اذا كان تلف المبيع بالاتلاف لا بآفة سماوية فهذه النصوص لا تشمله لانصرافها الى التلف السماوى ـ واما حكمه ـ فملخص القول فيه ـ ان الاتلاف تارة يكون ممن له الخيار واخرى يكون ممن عليه الخيار وثالثة يكون من الاجنبى .

فان كان الاتلاف من ذى الخيار فقد حكم المصنف ره بكونه مسقطا لخياره ـ وهو ـ كك فى خيار الحيوان وفى خيار الشرط لو قصد به الاجازة والامضاء والا فالاظهر بقائه وقد مر وجهه .

وان كان الاتلاف ممن عليه الخيار فان اجاز من له الخيار العقد ولم يفسخه غرم المتلف للمشترى ما اتلفه ولو فسخ ياخذ الثمن ولا يخفى وجهه .

ولو كان الاتلاف من الاجنبى لا تنفسخ المعاملة ولا يسقط الخيار فلو امضاها لا كلام وان فسخ رجع المشترى الى البايع فياخذ ثمنه ـ وبالنسبة الى البايع وجوه ـ احدها ـ انه يرجع بالقيمة الى المتلف ـ ثانيها ـ انه يرجع الى صاحبه ـ ثالثها ـ انه يتخير بينهما .

واستدل للاول بوجهين (الاول) ان البدل فى ذمة المتلف قائم مقام العين فيسترده بالفسخ بعد عدم امكان استرداد العين (وفيه) ان ما فى ذمة المتلف قبل الفسخ انما هو الحصة الخاصة من الكلى المتقومة بطرفيها من ذمة المتلف لمالكه حين التلف فان اشتغل ذمته لغيره فهو غير ما كان (الثانى) ما حاصله ان العين التالفة ملك للمالك السابق بعد الفسخ وهى فى عهدة المتلف فتكون كما لو كانت موجودة عنده فلا بد

من الرجوع اليه (واورد عليه) بان الفسخ وان اوجب اعتباركون العين ملكاللناقل الا انه موصوفة باشتغال ذمة متلفها ببدلها و تلفها بهذا الوصف يكون على المالك المنقول اليه لاعلى المتلف فيتعين ان يكون الضامن للفاسخ هوالمفسوخ عليه.

والمصنف ره قد ذكرفي وجه الثانى مايكون دليلاله ومع ذلك هو ايرادعلى الوجهين الذين ذكرهماللوجه الاول وسياتى عندشرح كلماته بيان ذلك و ستعرف ان مراده الايرادان المتقدمان فانتظر .

والاظهر هو التخيير فان العين بالتلف تثبت فى عهدة المتلف ومقتضى الفسخ رجوع العين الى الفاسخ و حيث انها فى عهدة الاجنبى فيرجع اليه ولكن لايتعين ذلك بل له ان يرجع الى المفسوخ عليه لان المال كان فى عهدته قبل وضع الاجنبى يده عليه .

قوله قده اذاكان للمشترى فقط الخ التقييدبكونه للمشترى فقطفي المقام وفى خيار المجلس للاجماع على عدم جريان هذا الحكم فى الخيار المشترك .

قوله قده لقوله (ع) فى ذيل صحيحة(١) الخ ولخبر(٢) عبدالرحمان بن ابى عبدالله عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى امة بشرط من رجل يوما اويومين فماتت عنده وقد قطع الثمن على من يكون الضمان فقال عليه السلام ليس على الذى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه والنبوى (٣) المتقدم آنفا .

قوله قده فان ظاهر قولهم التلف فى زمان الخيار هو الخيار الزمانى الخ المراد بزمان الخيار هو الزمان الثابت فيه الخيار سواء أكان الخيار مقدرا بالزمان ام لم يكن .

قوله قده الاترى ان المحقق الثانى ذكر ان الاقتصاص الخ هذه العبارة سيقت لدفع ماقد يتوهم من انه لاسبيل الى استظهار ان بناء المشهور على عدم

---

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب الخيار ـ حديث ٢

(٢-٣) الوسائل باب ٥ـ من ابواب الخيار حديث ١ ـ ٤

جریان الحکم المذکور فی خیار العیب وشبهه من الاتفاق المذکور اذلعل لموت العبد خصوصیة - وحاصل الدفع ان المحقق الثانی جعل ضمانه علی البایع فی خیار الحیوان .

قوله قده وفی الاعتماد علی هذا الاستظهار تامل فی مقابلة القواعد الخ وفیه انه لوتم الاستظهار لاینبغی التوقف فی الاعتماد علیه وتخصیص القواعد به اذ الظهورات حجة والقواعد قابلة للتخصیص .

قوله قده بناء علی ان البیع متزلزل ولوقبل حضور الخ اورد علیه المحقق الایروانی ره بان الکلام فی مطلق خیار الشرط دون خصوص المشروط برد مثل الثمن المحتمل کون رد مثل الثمن ظرفا لاعمال الخیار لا اصله - ان مراده التفصیل بین مالو کان الخیار معلقا علی شیء متیقن الحصول کالزمان ومالایعلم حصوله کما ذکر سابقا فلا ایراد علیه من هذه الجهة .

قوله قده والحاصل ان ظاهر الروایة استمرار الضمان الخ قد عرفت ان ظاهرها وان کان هو الاستمرار الا انها لیست ظاهرة فی کون المبدأ هو العقد فراجع .

قوله قده نظرا الی المناط الذی استفدناه الخ لایقال انه لم یسلم المناط - فانه سلمه وانما انکر کون عموم المناط شاملا لجمیع الخیارات وذهب الی اختصاصه بالخیار المتصل .

قوله قده فتامل الخ لعله اشارة الی ماذکرنا من انه لو انطبق المبیع الکلی علی الفرد یصیر الفرد مبیعا بالحمل الشایع ویترتب علیه ح مایترتب علی المبیع الشخصی وان عود المعوض کلیا بعد ان تشخص بالقبض لایمکن الالتزام به .

قوله قده فظاهر عبارة الدروس - یوهم بل یدل الخ صدر العبارة وهو قوله وبعده لایبطل صریح فی عدم الانفساخ ولکن ذیلها وهو قوله وفی انسحابه فیما لوتلف بیده فی خیاره نظر دال علی انه متأمل فی الحکم بالانفساخ ولهذه العبارة لایجوز نسبة البطلان الی الشهید .

قوله قده والعبارة محتاجة الی التامل من وجوه الخ (الاول) من المواضع

قوله وبعده لا يبطل الخيار فان ظاهره ان القبض يرفع الضمان المعاوضى فانه ينافى ماافاده فى موضع آخر وبالقبض ينتقل الضمان الاان يكون خيار اذظاهره ان الضمان المعاوضى باق بعدالقبض (الثانى) قوله فلوفسخ الخ اذلوفسخ البايع ذوالخيارلاوجه لضمانه كي يقيد الرجوع بالبدل بصورة عدمضمانه لان ضمانه لايكون الامع اختصاص الخيار بالمشترى(الثالث)قوله ولوفسخ المشترى الخ اذمع فرض كون الخيار للمشترى يكون الضمان على البايع لقاعدة كل مبيع تلف فى زمان الخيار فهو ممن لاخيار له ولايتصور ضمان المشترى الاان يقال ان نظر الشهيد الى صورة ثبوت الخيار المشترك . وهناك مواضع اخر يظهر للمتامل فيما قدمناه .

قوله قده واما حيث يوجب المشترى فيحتمل انه يتخير بين الرجوع الخ لاوجه لهذه الاحتمالات الاالاخير منها بعد حمل القاعدة على صورة الفسخ - فان عدم الضمان قدمر انه على وفق القاعدة وانما المخرج هو القاعدة فاذا اختصت بصورة الفسخ تبقى صورة الامضاء باقية تحت ماتقتضيه القواعد الاولية .

قوله قده وان كان باتلاف اجنبى الخ عبارته فى ذيل هذا العنوان لاتنطبق على ما هو محل الكلام وهو مالو كان الخيار للمشترى واتلف المبيع اجنبى اذ الفاسخ هو المشترى والمفسوخ عليه هو البايع والتالف هو المبيع وللمشترى الرجوع الى البايع بالثمن فقط كما تقدم - نعم - يتم ما افاده من الوجوه - مع تبديل الفاسخ بالمفسوخ عليه فى الموردين والمفسوخ عليه بالفاسخ فى مورد واحد فلاحظ وتدبر .

قوله قده وكونه بدلا انما هو بالنسبة الخ هذا اشارة الى ما ذكرناه من الجواب عن الوجه الاول للرحوع الى المتلف .

قوله قده واما الفسخ فهو موجب لرجوع العين الخ هذا اشارة الى ماذكرناه من الجواب عن الوجه الثانى له .

قوله قده وهذا اضعف الوجوه الخ قدعرفت انه الاقوى .

حكم تسليم العوضين فى زمان الخيار

قوله قده ومن احكام الخيار ماذكر فى التذكرة فقال لايجب على البايع تسليم المبيع ولاعلى المشترى الخ لايخفى ان المصنف ره بعد استظها ره نقل الاجماع على هذا الحكم استشكل فيه ـ بانه ان كان المراد عدم تعين التسليم بل هو مخير بينه وبين الفسخ فمتين الاانه غيرمراد ـ وان اريد انه مع بقاء العقد لايجب التسليم فغير تام اذلامخصص لعموم سلطنة الناس على اموالهم الدال على وجوبه (واورد) عليه المحقق النائينى ره بان العقد لوكان خياريا فهو بجميع مداليله المطابقية والالتزامية تحت يد ذى الخيار فلايجب عليه التسليم كما لايجب عليه الوفاء باصل العقد (وفيه) اولاانه لوتم لاختص بالخيار المجعول للمتبايعين ـ واما فى الخيار المجعول الشرعى فلايجرى فانه ليس هناك التزام بكون العقد بجميع مداليله تحت يدذى الخيار وغاية مدلول دليله كون رفع العقد وبقائه بيده ولكن على فرض البقاء هل يجب التسليم املافلابد من الرجوع الى مايقتضيه القاعدة وهوالوجوب ـ وثانيا ـ انه لايتم فى الخيار المجعول للمتبايعين ايضاً فان وجوب التسليم اثر الملك لااللزوم ومن يجعل الخيار لنفسه يجعل العقد متزلزلا ـ ولانظر له الى شىء آخر كى يكون من قبيل شرط عدم تعين التسليم ـ فالاظهر وجوبه على تقدير بقاء العقد.

بقاء الخيار مع تلف العين

قوله قده قال فى القواعد لايبطل الخيار بتلف العين الخ تنقيح الكلام بالبحث فى موارد.

الاول ان مرادهم بما ذكروه ان التلف لايكون ملزما للعقد وهذا على اطلاقه صحيح ولايرد عليهم النقض بالخيار قبل القبض وفى الخيار المختص بعده بدعوى ان التلف يوجب انفساخ العقد وبتبعه يرتفع موضوع الخيار كما لايرد النقض بخيار التاخير.

الثانى ـ انه لوشك فى ان الخيار هل يرتفع بالتلف ام يكون باقيا ولم يدل الدليل على احد الطرفين ـ فهل الاصل بقائه ام لا ربما يقال بان مقتضى الاستصحاب بقائه (ولكن) الظاهر عدم جريان هذا الاصل وذلك لوجوه (الاول) عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام (الثانى) ان بقاء الموضوع مشكوك فيه فان الموضوع يمكن ان يكون هو العقد و هو باق ويمكن ان يكون هو العين وهى تالفة ومع الشك لايجرى الاستصحاب ـ نعم ـ لواحرزانه متعلق بالعقد وشك فى بقائه من جهة اخرى يجرى الاستصحاب من هذه الجهة ولا محذور فيه من هذه الناحية (الثالث) ان المورد مورد للتمسك بعموم اوفوا بالعقود لاباستصحاب حكم الخاص .

الثالث ان الخيارات التى اخذ فى لسان دليلها عنوان الخيار كقوله ﷺ البيعان (١) بالخيار ما لم يفترقا ـ هل تكون باقية بعد التلف املا ـ ظاهر المصنف ره الثانى من جهة ان ارادة ملك فسخ العقد من لفظ الخيارانما تكون من المستحدثات وليس فى الروايات من ذلك اثر فالمتيقن من النصوص جواز الرد والاسترداد وهوانما يكون مع بقاء العين (وفيه) ان الخيار انما يكون مقابل اللزوم كما يشهد له مضافا الى انه المتفاهم منه عرفا ما تضمن من النصوص ثبوت الخيار الى ان يصير العقد لازما ـ وبالجملة ـ كون المراد من الخيار ملك فسخ العقد واضح وعليه فيكون باقيا بعد التلف لبقاء العقد (واحتمال) كون الحق مأخوذا على وجه مخصوص وهو حق حل العقد المتعلق بالعوضين بشخصيهما يدفعه الاطلاق .

الرابع ان الخيار الثابت بحديث لاضرر لوقلنا به ـ هل يكون باقيا بعد التلف ام لا ربما يقال بالثانى نظرا الى ان قاعدة (٢) نفى الضرر انما تنفى اللزوم وتثبت الجواز والمتيقن من الجواز الثابت بها حق رد العين فاذا امتنع ردها لادليل على جواز فسخ العقد (وفيه) ان حديث نفى الضرر ينفى اللزوم فيثبت بديله وبديل لزوم العقد جوازه

---

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب الخيار
(٢) تقدم مصدر الحديث فى ص ١٢٥

وتراد العوضين غير مربوط بحديث نفى الضرر-فالحق هو الاول:

الخامس - اذا كان الخيار ثابتا بعنوان الرد والاسترداد فهل يرتفع بالتلف ربما يقال بذلك لعدم امكان الرد معه - و لكن يرد عليه انه يمكن ان يكون المراد هو الرد والاسترداد فى الملك لاخارجا وهذا لايتوقف على بقاء العين بل الظاهر منه ذلك .

السادس - الخيار الذى يجعله المتعاقدان ان علم مقصودهما فلاكلام وان قصدا الخيار بماله من المعنى كان باقيا بعدالتلف

قوله قده و هذا الكلام ليس على اطلاقه الخ قدعرفت فى الموردالاول ان الكلام بماله من المرادعلى اطلاقه .

قوله قده او يقال انه اذا كان دليل الخيار معنونا بجواز الرد الخ قد عرفت انه يمكن ان يكون معنونا بذلك و مع ذلك يكون باقيابان يراد هو الرد فى الملك .

قوله قده امكن التمسك بالاستصحاب الخ قد عرفت وجوه الاشكال فى هذا الاستصحاب .

قوله قده ومن هنا يمكن القول بعدم بقاء الخ وفيه ان الظاهر سيما بملاحظة كون الغالب زيادة قيمة المبيع عن الثمن كون الغرض متعلقا بالخيارحتى مع التلف

قوله قده و من هنا يمكن ان يقال فى هذا المقام الخ قدعرفت فى المورد الثالث مايرد على ذلك

کون العین مضمونة بعدالفسخ

قوله قده لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونة الخ قد استدل للضمان بوجهين (الاول) انها كانت مضمونة قبل الفسخ والاصل بقائه (وفيه) ان المعلوم سابقا هو الضمان المعاوضى ومايراد اثباته هو ضمان الغرامة فلايجرى واستصحاب الجامع بينهما من قبيل الاستصحاب فى القسم الثالث من اقسام الكلى ولايجرى (الثانى) عموم على

اليد فانه يقتضى ضمان كل ماهو تحت يدغير مالكه خرج عنه اليد الاماني وفى المقام ليست يد الفاسخ امانية (وفيه) ان ذلك يتم فى المقدار الزايدعمايقتضيه ضرورة الايصال - واما فى ذلك المقدار - فهو مأذون من الشارع فى امساكه بل ومن قبل مالكه للقطع برضاه بحفظه وامساكه فيده امانية فالاظهر عدم الضمان - وبماذكرنا يظهر الحال فيما بيد المفسوخ عليه .

هذا تمام الكلام فى الخيارات واحكامها

والحمدلله اولا وآخرا

فى النقد والنسيئة

قوله قده وبيع الحاضر بالثمن المؤجل وهى النسيئة الخ الظاهر ان البيع المؤجل ليس عبارة عن تعليق التمليك على مضى الاجل- اذ لا تعليق فى البيع اجماعا- ولا عن تعلبق المملوك والثمن عليه - اذ الاعيان لا تتقدر بالزمان - بل المراد شرط تاخير الاداء الى رأس المدة المعلومة (فما) عن المحقق الخراسانى ره من انه من قبيل الثانى ضعيف وعلى ماذكرناه لا اختصاص للمؤجل بالكلى بل يتصور ذلك فى العين الشخصية فيشترط ان يكون العين الى مدة كذا فى يد المشترى امانة اوعارية .

فما فى المتن من **قوله قده وبالمؤجل خصوص الكلى** فى غير محله .

قوله قده مسألة اطلاق العقد يقتضى النقد الخ بناء على ماعرفت من معنى التاجيل ما افاده العلامة ره متين فان لزوم الاداء بعد العقد انما يكون بمقتضى مادل (١) على تسلط الناس على اموالهم فمع عدم اشتراط التاجيل ومطالبة المالك يجب رده اليه - ويمكن ان يقال ان لزوم التسليم مما يقتضيه الشرط الضمنى ايضا - ويشهد بالحكم مضافا الى ذلك موثق (٢) عمار بن موسى عن ابى عبدالله عليه السلام فى رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثم افترقا فقال عليه السلام وجب البيع والثمن اذا لم يكونا اشترطا فهو نقد .

قوله قده فلو اشترطا تعجيل الثمن كان تاكيدا لمقتضى الاطلاق الخ اشتراط التعجيل يتصور على وجوه (احدها) ان يشترط ثبوت حق التعجيل بنحو النتيجة

---

(١) البحار ج٢ ص٢٧٣ الطبع الحديث وج١ ص١٥٤ الطبع القديم

(٢) الوسائل باب ١- من ابواب احكام العقود حديث٢

ومثل هذا الشرط لايكون نافذا لانه لم يثبت كونه من قبيل الحق الاعتبارى. ومع ذلك فهو ليس مؤكد المقتضى العقد لعين هذا الوجه (ثانيها) ان يشترط التعجيل والاسراع حتى مع عدم المطالبة وهذا يكون تاكيدا لما يقتضيه العقد بمدلوله الالتزامى وبمافى ضمنه من شرط الاداء فان مقتضاه الاداء حتى مع عدم المطالبة خارجا ـ فما ـ فى المتن من انه لايكون تاكيدا على هذا غير تام (ثالثها) ان يشترط التعجيل مع المطالبة وهو ايضاً تاكيد لمقتضى العقد (رابعها) ان يشترط عدم حق للمشترى فى التاخير. وقد يقال انه صحيح ومؤكد لمقتضى العقد فانه لو شرط التاجيل كان مقتضاه حق التاخير ومقتضى عدمه الذى هو معنى الاطلاق عدم حق له فى التاخير فهذا الشرط مؤكد لمقتضى العقد (وفيه) ان المشترى لاحق له فى التاخير لعدم العلة فلا معنى لاشتراطه وكيف كان فما هو المتعارف من شرط التعجيل مؤكد لمقتضى العقد فما عن الجواهر من انكاره فى غير محله .

قوله قده وكيف كان فذكر الشهيد فى الدروس ان فائدة الشرط ثبوت الخيار اذا عين الخ ظاهر ما عن الشهيد ره فى بادى النظر اختصاص الخيار بما اذا عين زمان النقد فاخل المشترى به (وعن) الشهيد الثانى ثبوت الخيار عند التخلف وان اطلق التعجيل ولم يقيد بزمان معين ـ واستحسنه المصنف ره لان التعجيل المطلق معناه الدفع فى اول اوقات الامكان عرفا (اقول) ما افاده متين ولكن الظاهر ان الشهيد لم يرد من كلامه هذا اختصاص الخيار بما اذا عين زمان النقد. بل مراده انه فى صورة الاطلاق بعد مضى اول اوقات الامكان العرفى يثبت الخيار بخلاف ما اذا عين زمان النقد فانه بمضى هذا المقدار لايثبت الخيار بل يتوقف على مضى ذلك الزمان مثلا لو اوقع البيع فى اول الصبح و اشترط التعجيل بلا تعيين زمان لواخر الاداء ساعة مثلا يثبت الخيار واما لو اشترط التعجيل الى الغروب فقبل الغروب لاخيار له وانما يثبت الخيار لو اخر الاداء عن الغروب. ففائدة هذا الشرط التضييق فى زمان الخيار .

قوله قده ولاحاجة الى تقييد الخيار هنا بصورة عدم امكان الاجبار الخ

هذا ايراد على صاحب الجواهر ره حيث انه اورد على الفقهاء بانهم حكموا بالخيار

من دون تقييد بعدم امكان الاجبار مع انه لابد من ذلك ومحصل ما اورده المصنف ره عليه امر ان (الاول) ان الخيار معلق على فوات التعجيل لا نفسه فالموضوع غير قابل للاجبار و بعبارة اخرى ان الخيار لم يعلق على التعجيل الذى يمكن فيه الاجبار بل علق على فواته غير الممكن فيه ذلك - والظاهر ان هذا مراده لا ما افاده السيد المحشى ره من ان الكلام فى اصل ثبوت الخيار لا فى بيان جميع ما يعتبر فيه حتى يجب التعرض لهذه الجهة ايضاً (الثانى) ان الاجبار قبل اول ازمنة الامكان عرفا حيث لا حق للبايع لا يجوز و بعد مضيه لا معنى للاجبار فانه ليس اجبار اعلى التعجيل المشترط لفوات موضوعه - واول ازمنة الامكان هو زمان الاداء وهو غير قابل للاجبار (ولكن يرد) على الوجه الثانى - اولا - النقض بالاجبار على الواجبات فان لازم هذا البيان عدم امكانه اما فى الواجبات المضيقة فلانه قبل انقضاء زمانه لا يجوز الاجبار و بعده لا مورد له - واما فى الموسعة فلانه قبل ان يصير وقته مضيقا لا يجوز الاجبار وبعده حكمها حكم المضيقة - وثانيا - بالحل وهو انه يجوز الاجبار فى اول وقت الاداء ولو قلنا بعدم توسعة وقته وفى آخر الوقت لو قلنا بتوسعته -

اشتراط تاجيل الثمن

قوله قده يجوز اشتراط تا جيل الثمن - ولما دل فى السلم الخ لا اشكال ولا كلام فى جواز اشتراط تاجيل الثمن فى الجملة كما لا كلام فى انه لو لم يعين المدة بطل للغرر - واما الاستدلال له بما دل (۱) فى السلم على وجوب تعيين الاجل وعدم جواز السلم الى دياس او حصاد - فغير صحيح اذ بعد عدم العلم بالمناط يكون ذلك من قبيل القياس.

قوله قده وهل يجوز الافراط فى التاخير اذا لم يصل الى حد يكون البيع معه سفها الخ اقول ان كان التأجيل بمقدار لا يعد الثمن المؤجل مالا عند العقلاء فلا اشكال فى فساده فانه من قبيل البيع بلا ثمن (ولا يصح) ان يقال ان الدين حيث يصير معجلا بالموت فاى زمان جعل اجلا ولو كان فى نفسه لا يعتبره العقلاء مالا الا انه بعد هذا

(۱) الوسائل باب ۳ من ابواب السلف

الحكم من الشارع يكون له المالية وبهذا القيد يكون مالا (فان) هذا الحكم مترتب على الدين المؤجل فلابد من ملاحظة الدين قبل هذا الحكم و المفروض انه لا دين قبله لعدم المالية له - وفي مقابل هذا القسم ما لو جعل المدة قصيرة جدا (انما) الكلام فيما لو اجل الثمن الى ما لا يطمئن ببقاء المتعاقدين الى ذلك الحين بل يطمئن بعدم البقاء كمائة سنة مثلا - وفي هذا المورد لا اشكال في ذلك من حيث انه مال و الاشكال انما هو من جهات اخر (احداها) لزوم اللغوية فانه اذا فرض حلول الاجل شرعا بموت المشترى كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشترى اليه لغوا (وفيه) ان مجرد اللغوية لا يوجب البطلان (ثانيها) لزوم الغرر من ذلك بعد ملاحظة حكم الشارع بحلول الاجل فانه ح لا يدرى مدة تاجيل الثمن (وفيه) ان الموضوع لما نهى عنه (١) هو الغرر العرفي مع قطع النظر عن الحكم الشرعي وفي المقام مع قطع النظر عن الحكم الشرعي لا غرر هناك (ثالثها) ان هذا الشرط مخالف للكتاب اذ الشارع اسقط الاجل بالموت والاشتراط المذكور تصريح ببقائه بعده فيكون فاسدا (٢) و(فيه) ان الشرط في نفسه ليس مخالفا للشرع اذ الشارع حكم تعبدا بحلول الاجل بالموت بعد صحة هذا الدين - والشرط ليس هو عدم حلول الاجل كي يخالف الكتاب بل هو تاجيل الثمن الى مدة معينة - وحكم الشارع بالحلول انما هو في مرتبة متاخرة عن هذا الشرط فانه لو صح الشرط وتحقق الدين ترتب عليه هذا الحكم فلا يعقل ان يكون هذا منافيا له - ولولا ذلك لما بقى لهذا الحكم موضوع اذ الدين المؤجل لابد وان يكون شرط تاجيله في ضمن عقد من العقود والمفروض بطلان شرط التاجيل الى مدة بعد الموت .

قوله قده ثم ان المعتبر في تعيين المدة هل هو تعيينها في نفسها الخ

بعد ما عرفت من ان وجه بطلان شرط التاجيل الى مدة مجهولة انما هو لزوم الغرر - و عرفت سابقا ان الغرر عبارة عما لا يؤمن خطره - تعرف ان المعيار هو

---

(١) الوسائل باب ٤٠ من ابواب آداب التجارة حديث ٣

(٢) راجع ص٢٩٢

المعلومية عند المتعاقدين ولا يكفى المعلومية عند الناس لوكانت المدة مجهولة عندهما - فان المعلومية عند الناس كالمعلومية عندالله تعالى فكما ان علمه تعالى بذلك لايوجب رفع الغرركك علم الناس به .

البيع بثمنين حالا ومؤجلا

قوله قده لو باع بثمن حالا و بازيد منه مؤجلا الخ اقـول كلمات القوم فى هذه المسألة مضطربة فالاولى صرف عنان الكلام الى ما يقتضيه الادلة - وتنقيح القول بالتكلم فى مقامين (الاول) فيما يقتضيه القواعد (الثانى) فى مقتضى النصوص الخاصة

اما الاول - فصور البيع الموضوع فى هذه المسألة ثلاث (الاولى)ان يكون هناك بيع واحد بثمنين (الثانية) ان يكون بيعان (الثالثة) ان يكون بيع وشرط .

اما الاولى - فان كان المجعول فى البيع ثمنا مرددا بين الثمنين واقعا كان ذلك باطلا لعدم المعقولية اذا لمردد لا وجود له فى الخارج من غير فرق فى ذلك بين كون تمليك كل منهما بنحو الترديد فعليا - ام كان احدهما فعليا والاخر المؤجل معلقا على مجىء وقته - وان كان المجعول هو ما يختاره المشترى بعد ذلك الذى هو معين واقعا بطل البيع للغرر (وما) عن المحقق الاردبيلى ره من عدم الغرر لان الثمن معلوم على كل من التقديرين والاختيار الى المشترى (غير تام) فانه لاغرر على المشترى ولكنه غرر بالنسبة الى البايع لانه لايدرى مايختاره المشترى.

واما الصورة الثانية - وهى ان يكون هناك بيعان معلقان بان يقول ان كان الثمن نقدا فبعتك بدرهم وان كان مؤجلا فبدر همين فمقتضى القاعدة هو البطلان فيها اذ التعليق مبطل للبيع .

و اما الصورة الثالثة - و هى ان يبيع بالاقل حالا و يشترط زيادة مقدار الى الاجل المسمى فلا كلام فى بطلان الشرط - فانه من الرباء انما الكلام فى البيع والاظهر صحته ولا مانع من صحته سوى وقوع الشرط الفاسد فى ضمنه وهو لا يكون

مفسدا كما تقدم فالثمن هو الاقل اخر ام لم يوخر و لكن ليس له التاخير لان الرضا به مقيد بالشرط و قد فسد فمقتضى ما دل على وجوب رد المال الى صاحبه لزوم التعجيل .

و ما افاده المصنف ره فى تصحيح التاخير بان الزيادة تكون فى قبال اسقاط حق مطالبة البايع الى الاجل المعين لا فى قبال التاخير كى لا يستحق المشترى التاخير اذا لم يستحق البايع الزيادة (غير تـام) فان حق المطالبة ليس من الحقوق القابلة للاسقاط بل هو حكم بالسلطنة على المطالبة ـ مع ـ ان المجعول فى قبال الزيادة اما سقوط هذا الحق او اسقاطه ـ ولازم الاول عدم السقوط مع عدم نفوذ الشرط ولازم الثانى عدم استحقاق المشترى اسقاط البايع حق المطالبة (فتحصل) ان مقتضى القاعدة عدم جواز التاخير فى هذه الصورة ولكن لو اخر لا يستحق ازيد من الاقل .

و اما المقام الثانى فنصوص الباب متعددة ـ منها ـ (١) ماورد من النهى عن شرطين فى بيع وعن بيعين فى بيع فانهما قد فسرا بذلك ولكن ذلك مجمل لا يمكن الاستناد اليه فى حكم وهو واضح ـ ومنها ـ النبوى(٢) انه ص قال لا يحل صفقتان فى واحدة قال السيد ابن زهرة بعد نقله وذلك بان يقول ان كان بالنقد فبكذا وان كان بالنسيئة فبكذا ـ وهو ضعيف السند للارسال ـ و منها ـ خبر (٣) محمد بن قيس عن امير المؤمنين عليه السلام بسند معتبر ـ من باع سلعة فقال ان ثمنها كذا وكذا يد ابيد وثمنها كذا وكذا نظرة فخذها باى ثمن شئت وجعل صفقتها واحدة فليس له الا اقلهما وان كانت نظرة قال وقال عليه السلام من ساوم بثمنين احدهما عاجلا والاخر نظرة فليسم احدهما قبل الصفقة و قد حمله بعض على ارادة البطلان وكون المشترى ضامنا للمبيع التالف فى يده بالثمن

---

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب احكام العقود حديث ٣-۴-
(٢) المستدرك باب ٢ من ابواب احكام العقود حديث ٢ ورواه فى الغنية ايضا
(٣) الوسائل باب ٢ـ من ابواب احكام العقود حديث ـ١

الاقل بعد دعوى كون القيمة بحسب الغالب بمقدار الثمن المعين على تقدير النقد (وفيه) انه لم يذكر في الخبر مايشهد لكونه في مقام بيان حكم صورة التلف خاصة (وقد حمله) بعضهم على صورة كون الزيادة من باب الشرط وكون الثمن هو الاقل اى الصورة الثالثة المتقدمة -واصر على ذلك المحقق الاصفهاني ره -وهووان كان خلاف الظاهر جدا الان قوله في الخبر وكذا نظرة جعل الثمن هو الزايد على تقدير النظرة ويؤكده قوله فخذها باى ثمن شئت الصريح في تعدد الثمن الاان الحمل على الصورة الاولى اوالثانية مستلزم للتعبد بملكية الاقل مؤجلا من دون سبب معاملى اذ البيع متقوم بالقصد المنتفى هنا على الفرض وهو لايمكن فيتعين الحمل المزبور من جهة انه لايلزم منه التعبد بامر غير ممكن غايته كونه خلاف الظاهر (ثم ان) الخبر لايكون متعرضا لاستحقاق المشترى التاخير الى ابعد الاجلين ويكون ذلك لازما على البايع بل غاية ما يستفاد منه جواز التاخير فتدبر ومما ذكرناه ظهر الحال في خبر (١) السكوني عن جعفر عن ابيه عن آبائه عليهم السلام ان عليا عليه السلام قضى في رجل باع بيعا واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيئة كذا فاخذ المتاع على ذلك الشرط فقال هو باقل الثمنين وابعد الاجلين- بل حمله على الصورة المزبورة لايكون منافيا لما هو الظاهر منه فتدبر

قوله قده ثم ان الثابت منهما على تقدير العمل بهما هى مخالفة القاعدة في موردهما الخ بناء على ماعرفت من ان الخبرين انما يتضمنان الحكم بالصحة في مورد يكون الصحة هناك موافقة للقاعدة لابد من البناء على الصحة في هذا المورد ايضاً - ولعل ما عن الفقهاء من عدم الفرق بين المسئلتين بل عن الرياض ان ظاهر الاصحاب عدم الفرق - يكون مؤيدا لماذكرناه من حمل الخبرين على الصورة الثالثة اذلو كانا متضمنين للصحة في غيرها لم يكن وجه للحكم بالصحة في هذه المسألة الاالقياس

---

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب احكام العقود حديث٢

القبول والاسقاط قبل حلول الاجل

قوله قده لايجب على المشترى دفع الثمن المؤجل - ولو تبرع بدفعه لم يجب على البايع القبول الخ محل الكلام فى هذه المسألة فرعان (الاول) انه هل يجب القبول على البايع لو تبرع المشترى بدفع الثمن املا (الثانى) انه اذا اسقط المشترى الاجل الذى يستحقه هل يسقط ويكون للبايع مطالبته فى الحال املا.

اما الاول - فالمشهور بين الاصحاب عدم وجوب القبول - والمراد بالوجوب ماسيأتى فى المسألة الاتية من وجوب القبول لو كان الدين حالا - واستدل له بوجوه (احدها) ماعن التذكرة و هو ان التعجيل كالتبرع بالزيادة فلايكلف تقلد المنة (وفيه) ان الزايد لايكون ملكا و صيرورته كك تتوقف على القبول و هذا بخلاف التعجيل الذى هو خصوصية فى اداء ماهو ملك له (ثانيها) ما عن المحقق الخراسانى ره وهو ان المملوك شيء مؤجل وهو لاينطبق على المدفوع بالحال (وفيه) ماعرفت فى اول مبحث النقد والنسيئة من ان المؤجل ليس الا الدين الحالى مع جواز التاخير فى الاداء - (ثالثها) مافى المتن وهو ان التاجيل كما يكون حقا للمشترى يكون حقاً للبايع من جهة ان المشترى التزم بحفظ ماله فى ذمته - والمشترى انما يكون مسلطا على حقه دون حق البايع (اقول) لااشكال فى ان الزام الشخص والتزامه بحفظ مال غيره مشروع و اذا وقع فى ضمن العقد كان لازما ومالم يرفع المالك يده عن ذلك يجب على المشروط عليه الحفظ - انما الكلام فى الشروط الخارجية المتعارفة بين الناس المتعلقة بتاجيل الثمن فان الظاهر منهم اعتبار الاجل حقا للمشترى فقط وعليه فيجب على البايع القبول - نعم - اذا اعتبر حقا للبايع اولكل منهما على الاخر لم يجب القبول

اما الفرع الثانى فقد استدل لعدم سقوط حق التاجيل بالاسقاط بوجوه.

احدها ما عن جامع المقاصد و هو انه قد ثبت التاجيل فى العقد اللازم فلايسقط بمجرد الاسقاط (وفيه) انه ان اريد بذلك انه من قبيل الحكم لاالحق فلايسقط بالاسقاط فيرد عليه ان التأجيل انما يكون بجعل من الداين وامضاء من

الشارع الاقدس ومن المعلوم ان المجعول ليس حكما شرعيا بل يكون حقا امضاه الشارع فله اسقاطه - وان اريد به انه حق فى العقد اللازم فلايجوز اسقاطه للزوم العقد (ففيه) ان الشرط فى ضمن العقد صار سبباً لثبوت الحق ولا نظر له الى بقائه وفيه يرجع الى مايقتضيه القاعدة من ان لكل ذى حق اسقاط حقه .

ثانيها- ماعنه ايضا من ان فى الاجل حقا لصاحب الدين (وفيه) ان المراد ان كان ان للبايع حقا كما يكون للمشترى (فيرد عليه) ان ثبوت حق لشخص لايمنع عن اسقاط الاخر حقه و ان كان المراد ان هناك حقا واحدا قائما بالطرفين فما لم يجتمعا على اسقاطه لايسقط (فيردعليه) ان الحق ان كان ثابتا لهما فبما ان طرف الحق بالنسبة الى كل منهما غير ما هو طرفه بالنسبة الى الاخر- فان معنى ثبوت حق التأخير للبايع ان له حق تأخير الاستيفاء على المشترى - ومعنى حق التاخير للمشترى ان له حق تاخير الوفاء على البايع ومع تعدد الطرفين كيف يمكن ثبوت حق واحد .

ثالثها ما عن التذكرة وهو ان الاجل صفة تابعة فلايستقل بالسقوط كما هو الشان فى جميع الصفات كالجودة والصحة (وفيه) ان الاجل المجعول بالشرط هو التاخير وهو من الافعال دون الصفات مع ان الصفة وان لم تكن مستقلة فى الثبوت الا انه لامانع من استقلالها فى الاستحقاق وهو المناط لجواز الاسقاط مستقلا.

رابعها - ماافاده المصنف ره وهو ان التاجيل عبارة عن اسقاط حق المطالبة والساقط لايعود باسقاط الاجل وبعبارة اخرى ان هذا الشرط لايوجب ثبوت حق كى يجوز اسقاطه بل هو اسقاط للحق فلايعقل اسقاطه (وفيه) اولا ان جواز المطالبة من قبيل الحكم لاالحق ولااقل من الشك فلايجوز اسقاطه - وثانيا - ان الظاهر من اهل العرف احداث حق للمشترى فى تاخير الاداء .

خامسها ماافاده المحقق الخراسانى ره وهو ان الثابت فى البيع المؤجل ملكية الثمن المؤجل لاالملكية وحق للمشترى فى التاخير فلاحق كى يسقط (وفيه) ماتقدم فى اول مبحث النقد والنسيئة من ان المؤجل عبارة عن الملكية الفعلية مع جواز

التاخيرلاالملكية المؤجلة فراجع .

سادسها مانفى عنه البعدالمحقق الاصفهانى ره وهو انغاية مايقتضيهالتأجيل تضييق دائرة السلطنة على المطالبة وتاخيرها الى شهرمثلافلاحق حتى يقبل الاسقاط وقدظهرجوابه مما اوردناه على المصنف ره فالحق انه يسقط بالاسقاط وعليه ففيموارد الشروط المتعارفة يصيرالدين حالاويلحقهحكمه وفى ما اذا اشترط ثبوتحق للبايع ايضا لايصيرحالا من ناحية البايع .

قوله قده اما لو تقايلا فيالاجل يصح الخ مشروعية التقايل تتوقف على كونه من الحقوق وعليه فمقتضى غيرالوجهالثانى عدمصحةالتقايل كمالايخفى .

قوله قده وهذالادخل له بماذكره الخ هذا واضح ولم يكن مورد لتوهم الدخل .

لودفع الثمن عند حلول الاجل

قوله قده اذاكان الثمن بل كل دين حالااوحل وجب على مالكهقبوله عند دفعه اليه الخ الكلام فيهذه المسألة يقع فى فروع .

الاول ـ يجب الدفع على المديون بعد الحلول طالب الدائن املامالم يكن عدم المطالبة كاشفا عن رضاه بالتاخيرلانه يجب دفع مال الغير اليه بحكم النص (١) والاجماع .

الثانى ـ اذاكانالدينحالااوحل ودفعالمديون هليجب على الدائن القبول كما عن المشهور بل فيالجواهر بلاخلاف اجده ايضا بل فيالرياض الاجماع عليهـ املا ـ وجهان قد استدل للاول ـ بوجوه (احدها) ان فى امتناع الداين اضراراً بالمديون (و فيه) ان بقاء المال فى ذمته الذى هو امر اعتبارى ليس ضررا عليه

---

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب الدين والقرض

نعم ربما يكون لزوم الاداء بعدذلك ضرراعليه فلوكان يرفع ذلك بالحديث(١) لاهذا (ثانيها) كون الامتناع ظلما على المديون فانه لايستحق ابقاء ماله فى ذمته بل هو مستحق لتفريغ ذمته حيث ان الناس (٢) مسلطون على انفسهم - فلايجوز (وفيه) ان سلطنة المديون على تفريغ ذمته لاتنكر الاانها لاتقتضى رفع سلطنة الدائن على نفسه التى مقتضاها ان له عدم القبول مالم يثبت وجوبه الشرعى وابقاء المال فى ذمة المديون ليس ايذاء وظلما فلوكان فانما هو رفع للايذاء ولادليل على وجوب دفع الاذية عن الغير(ثالثها) مافى الجواهر وهو ان مقتضى آية الوفاء بالعقد (٣) ذلك فان وجوب الوفاء يتبع وجوب الدفع والقبول (وفيه) ماتقدم فى هذا الشرح مكررا من ان العقد هو ارتباط اعتبار كل من المتعاقدين بالاخر- والوفاء عبارة عن التمام اوما يقاربه فمفاد الاية الشريفة عدم رفع اليد عن العقد بحله ونقضه ولاتدل الاية على وجوب التسليم ووجوب القبول (فتحصل) انه لولاالاجماع لادليل على وجوب القبول ولكن الظاهر التسالم عليه .

الثالث اذا امتنع الدائن من القبض فان رضى المديون بالصبر فلاكلام وان لم يرض به ففيه وجوه واقوال (احدها) ماعن الشيخين والمحقق وابن حمزة وغيرهم وهو تعين العزل وكون الضمان على صاحب الدين وان امكن دفعه الى الحاكم (ثانيها) ماعن المشهور وهو تعين الدفع الى الحاكم (ثالثها) مااختاره المصنف ره وهو تعين الاجبار اولا فان لم يمكن فالدفع الى الحاكم ومع تعذره فالعزل (رابعها) تعين الاجبار اولاومع عدم امكانه فالتخيير بين العزل والدفع الى الحاكم (خامسها) التخيير بين الوجوه .

اقول - ان قلنا بان اداء الدين انما يكون بالتخلية بين المال والدائن وانه

---

(١) تقدم مصادر الحديث فى ص ١٢٥
(٢) البحار ج٢ ص٢٧٢ الطبع الحديث
(٣) المائدة آية ٢

لايعتبر فى تعيين الكلى فى الفرد قبض الدائن لاكلام فى كفاية التخلية فى المقام ولكن الظاهر اعتبار قبضه وعدم كفاية التخلية فيه وبذلك يظهر وجه القول الاول وضعفه

واستدل للثانى (بان) السلطان ولى الممتنع فالحاكم يتولى القبض عنه (وفيه) ان ذلك مختص بالممتنع عن حق مالى كما هو مورده وفى المقام امتناع الدائن ليس امتناعا عن الحق اذ المديون لايستحق على الدائن قبضه منه (وبان) فراغ ذمة المديون من الامور الحسبية فيتصداه الحاكم (و فيه) انه ليس ذلك من الامور المهمة التى لايجوز تعطيلها .

واستدل -لتعين الاجبار بان اعتبار رضا الدائن بالقبض يسقط لحديث (١) نفى الضرر فيجبره الحاكم على القبض (وفيه) اولا انه لادليل على اعتبار الرضا وطيب النفس فى القبض -وثانيا- ان الضرر انما ياتى من ناحية انحصار تعين الحق شرعا بقبض الداين فيرفع ذلك بالحديث واذا ثبت به تعينه بقبض غيره فالمتعين هو الحاكم و بذلك يظهر تعين الدفع الى الحاكم الذى هو المشهور (ويمكن) ان يقال ان الضرر ينشأ من اناطة تفريغ ذمته بقبول الدائن فيرتفع ذلك ونتيجة ذلك انه بالعزل يتعين ملك الدائن ولايبعد اظهرية الثانى -فالقول الاول هو الارجح

ثم ان المصنف ره ذهب الى انه مع عدم امكان الاجبار و الدفع الى الحاكم يتعين العزل ولكن لايصير المعزول ملكا للدائن - وتقريب ماافاده - ان الالتزام ببقاء ذمة المديون مشغولة ضرر عليه - والالتزام بذهاب مال الدائن هدرا ضرر على الدائن والجمع بينهما انما يكون بالالتزام بتفريغ الذمة على وجه لايتضرر به الداين وهو انما يكون بالعزل بنحو يوجب تعلق حق الدائن به بحيث له متى شاء استيفاء حقه منه فالمعزول ملك للمديون لكنه متعلق حق الدائن ولازم ذلك عدم الضمان لو تلف مع كونه ملكا للمديون (وفيه) ان لازم ذلك الالتزام بعدم مالكية الدائن لشىء اذ المفروض سقوط الدين عن الذمة و عدم ثبوته فى الخارج و هو بلا وجه

---

(١) الوسائل باب ١٧ -من ابواب الخيار حديث ٣-٤

واضعف منه الالتزام بتبدل الملك الى الحق- ومثله الالتزام بتبدل الملك التحقيقى الى التقديرى آنا ما.

الرابع انه بناء على المختار من تعينه بالعزل ملكا للدائن لايجوز للمديون التصرف فيه ولا اتلافه ولا تبديله- واما بناء على بقائه على ملك المديون فهل تعلق حق الداين به يمنع عن الامور المذكورة ام لا (اقول) اما التصرف فلا اشكال فيه على اى تقدير وان كان ناقلا لعدم كونه مفوتا للحق اذ لا مانع من الالتزام بان لذى الحق استيفاء حقه من المعزول متى شاء وان كان منتقلا الى غير من عليه الحق كما التزمنا بذلك فى حق الرهانة.

واما الاتلاف - فقد يقال انه لايجوز فانه اعدام لموضوع الحق وابطال له - وعود المال الى الذمة مضافا الى احتياجه الى دليل وموجب وليس اذ لا دليل على ان اتلاف الحق موجب لاشتغال ذمته لا يقتضى جواز الاتلاف (و لكن) يمكن ان يقال ان متعلق الحق ليس هو الموجود الخارجى بما هو كما هو كك فى ما اذا كان تعلقه به بتعيين من الشارع كتعيين الجانى للاسترقاق - او بجعل من المتعاقدين كجعل حق الخيار فى عقد مخصوص - بل المتعلق هو ما عينه المديون بهذا العنوان من جهة ان بقاء المال فى ذمته ضرر عليه فله ابقائه فى ذمته وتحمل الضرر وله تفريغ ذمته بعزل ما يتمكن الدائن من استيفاء ماله منه - فيكون فراغ ذمته موقوفا على بقاء المعزول على حاله وبعبارة اخرى ان هذا العنوان له حدوث وبقاء وبماله من البقاء موضوع لهذا الحق فللمديون اعدام الموضوع وبارتفاعه يرتفع الحق ولا مانع من ذلك - وبه يظهر حال التبديل والله العالم.

كما انه مما ذكرناه ظهر عدم وجوب حفظه من التلف - لانه اذا صار بالعزل ملكا للدائن فحاله حال سايرا مواله التى لايجب على المديون حفظه من التلف لعدم كونه امانة عنده - واذا كان باقيا على ملك المديون ومتعلقا لحق الداين فمن حيث انه ماله سبيله كسبيل سايرا مواله - ومن حيث انه متعلق الحق قد عرفت انه يجوز اتلافه فلا يجب التحفظ عليه.

الخامس ـ انه كما يتعين الكلي في المعزول ـ هل يتعين المشاع فيما اخذه الغاصب امابالجبر على القسمة اوباخذه بعنوان مال الشريك ـ املا ـ امهناك فرق بين الصورتين وجوه (وجه الاول) ان الحكم بعدم تعين حصة الشريك بتعيين الغاصب اوالشريك ضرري مرفوع بالحديث (ووجه الثاني) ان حديث لاضرر لايشمل المقام اما لكون الضرري عدم الحكم لاالحكم ـ اولعدم كون رفعه منة على الامة وان كان منة على الماخوذ منه ـ اولان الضرر انما يكون باخذ المال المشاع فهومتوجه اليهما ولاوجه لصرفه الى غيره (ووجه الثالث) انه اذااجبر الغاصب احدالشريكين على تعيين حصة شريكه وافرازها وتقسيم المال المشترك ـ فكما انه مع امتناع الشريك عن القسمة اختيارا تسقط ولاية الممتنع كذلك في المقام وان كان امتناعه بالاضطرار بمعنى انه كما تسقط ولايته عند امتناعه عن اعمال ولايته كذلك مع تعذر اعمال ولايته لغيبة اولسبب آخر ـ والمسألة تحتاج الى تامل ازيد .

لايجوز تاجيل الثمن الحال بازيد منه

قوله قده لاخلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به في غيره في عدم جواز تاجيل الثمن الحال الخ الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين (الاول) فيما يقتضيه القواعد (الثاني) في مقتضى النصوص الخاصة

اما المقام الاول ـ فلااشكال في صحة المعاملة الاولى وانها لاتبطل بذلك وان اوجب صيرورتها ربوية ـ اما التاجيل بالازيد نفسه ـ فاما ان يجعل الاجل في مقابل الزيادة باشتراطه ابتداء اوفي ضمن عقد اوالمصالحة عليه اوبيعه به ـ اويجعل المجموع المؤجل في مقابل المجموع الحال بحيث تكون المعاوضة بين الثمن ومجموع ماجعل مؤجلا ـ اوبوقع الصلح على ابراء الحال مما في ذمته بازاء ازيد منه مؤجلا فالمعوض هو الابراء .

اما القسم الاول فهو بجميع فروضه من الربا في القرض ـ لان حقيقة الربا فيه راجعة الى جعل الزيادة في مقابل امهال المقرض وتاخيره المطالبة من غير فرق

بين ان يكون ذلك فى اول القرض اوبعد مضى زمان ـ ومن غيرفرق بين ان يكون ذلك بنحو الشرط اوغيره وقدورد(١)ان الربا من ناحيةالشروط .

واما القسم الثانى ـ فان كان مافى ذمته من العروض الربوى كالحنطة فباعها بازيد منها مؤجلة بطل لان المشهور بطلان بيع الحال بمثله مؤجلا فى الربويين ـ وان كان من الاثمان كالدينار فباعه بازيد منه مؤجلا بطل ايضا من جهة ان الصرف لا يجوز الا يدابيد ـ وان كان من العروض او الاثمان ولكن باعه بغير جنسه بازيد منه فانه يصح على القاعدة من جهة عدم الربا فيه من حيث المعاملة ولا من حيث القرض .

واما القسم الثالث فهو صحيح ايضا واما المقام الثانى فقد استدل المصنف ره على عدم الجواز بوجوه ـ الاول ـ مانقله فى مجمع البيان عن ابن عباس من بيان مورد نزول الاية الكريمة(٢) «احل الله البيع وحرم الربا» ـ من انه كان فى الجاهلية الرجل منهم اذا حل دينه على غريمه فطالبه به قال المطلوب منه له زدنى فى الاجل وازيدك فى المال فيتراضيان عليه ويعملان به فاذا قيل لهم هذا ربا قالوا هما سواء يعنون بذلك ان الزيادة فى الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الاجل عند محل الدين سواء فذمهم الله تعالى به والحق الوعيد بهم وخطأهم فى ذلك بقوله واحل الخ ـ وظاهره القسم الاول ولا يشمل القسمين الاخيرين ـ الثانى ـ صحيح (٣) ابن ابى عمير عن حماد عن الحلبى عن ابى عبدالله عليه السلام ـ ومحمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام انهما قالا فى الرجل يكون عليه الدين الى اجل مسمى فياتيه غريمه فيقول انقدنى من الذى لى كذا وكذا واضع لك بقيته اويقول انقدلى بعضا وامدلك فى الاجل فيما بقى عليك قال عليه السلام لاارى به باسامالم يزدد على رأس ماله شيئا يقول الله لكم رؤس اموالكم لاتظلمون ولاتظلمون ـ بدعوى ـ انه علل جواز التراضى على تاخير اجل البعض

---

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب الصرف (٢) البقرة آية ٢٧٥

(٣) الوسائل باب ٧ من ابواب احكام الصلح حديث١

بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس ماله فيدل على انه اوازداد على رأس ماله لم يجز التراضى على التأخير (اقول) ان الظاهر من الصحيح هو المعاملة على التاجيل نفسه ولايكون له نظر الى بيع الحال بالمؤجل (الثالث) النصوص الكثيرة الاتى بعضها الدالة على كيفية الاسترباح بزيادة محللة فانها تشهد بان بذل الزيادة فى قبال الاجل لوكان صحيحا لما توقف حلية الزيادة على هذه الحيلة - ودلالة هذه النصوص على البطلان فى القسم الثانى تتوقف على تامل زايد .

قوله قده ويدل عليه بعض الاخبار الوارد فى تعليم الخ كموثق (١) ابن عمار قلت لابى الحسن عليه السلام يكون لى على الرجل دراهم فيقول اخرنى بها وانا اربحك فابيعه جبة تقوم على بالف درهم بعشرة آلاف درهم اوقال بعشرين الفا واؤخره بالمال قال عليه السلام لاباس - وموثق (٢) محمد بن اسحاق عن الرضا عليه السلام قال قلت له الرجل يكون له المال فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بالف درهم ويؤخر عنه المال الى وقت قال عليه السلام لاباس قدامرنى ابى ففعلت ذلك وزعم انه سال اباالحسن عنها فقال عليه السلام مثل ذلك ونحوهما غيرهما .

قوله قده ويدل عليه ايضا اويؤيده بعض الاخبار الواردة الخ هو خبر اسحق (٣) بن عمار عن ابى الحسن عليه السلام سألته عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضا فيعطيه الشيء من ربحه مخافة ان يقطع ذلك عنه فياخذ ماله من غير ان يكون شرط عليه قال لابأس بذلك مالم يكن شرطا .

قوله قده وظهر ايضا انه يجوز المعاوضة الخ الظاهر انه لاخلاف فى ذلك الامن بعض متاخرى المتاخرين ولامعارض للنصوص المتقدم بعضها الاخبر (۴) الشيبانى عن ابى عبدالله عليه السلام فى الرجل يبيع البيع والبايع يعلم انه لايسوى والمشترى يعلم

(١-٢) الوسائل - باب ٩- من ابواب احكام العقود حديث ۴-۶

(٣) الوسائل باب ١٩ من ابواب الدين والقرض حديث٣

(۴) الوسائل باب ۵ من ابواب احكام العقود حديث ۵-

انه لايسوى الاانه يعلم انه سيرجع فيهويشتريه منه فقال ﷺ يايونس انرسول الله ﷺ قال لجابر الى ان قال يا يونس وهذا الربا فان لم تشتره رده عليك قال قلت نعم قال فلاتقربنه ولاتقربنه ـ وهو لايصلح لان يعارض النصوص المتقدمةالمعمول بها بين الاصحاب فيتعين حمله على التقية كما فى الحدائق اوالكراهة والله العالم .

بيع العين الشخصية من بايعها

قوله قده اذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل جاز بيعهمن بايعه ـ اما الحكم فى المستثنى منهفلاخلاف الخ الكلام فى هذه المسالة فى فرعين (احدهما) فى بيع المؤجل وقد جوزه القوم مطلقا و خالفهم الشيخ قده فى محكى النهاية حيث منع عن بيعه بعد حلول الاجل بنقصان من الثمن (ثانيهما) انه نسب الى الشيخ قده فى خصوص الطعام انه بعد الحلول لايجوز للبايع اخذ الطعام بدلا عن الثمن الابما يساويه بلازيادة .

اماالاول فيشهد للمشهور مضافا الى العمومات والاطلاقات جملة من النصوص

منها ـ صحيح (١) بشار بن يسار عن الصادق ﷺ عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتريه من صاحبه الذى يبيعه منه قال نعم لابأس به فقلت له اشترى متاعى قال ﷺ ليس هو متاعك ولا غنمك ولا بقرك ـ ومورده بيع النسيئة وشراء ذاك المتاع بعينه من دون ان يفصل بين حلول الاجل وعدمه ـ وايضا من غير فرق بين كون الثمن فى الثانى مساويا للثمن فى الاول او اقل اواكثر .

ومنها ـ صحيح (٢) ابن حازم عنه ﷺ عن رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه فاتى الطالب المطلوب يتقاضاه ـ فقال له المطلوب ابيعك هذا الغنم بدراهمك التى عندى فرضى قال ﷺ لاباس بذلك وهو صريح فى البيع بعد حلول الاجل وعام للمبيع الشخصى ومثله لان قوله هذا الغنم كما يمكن ان يكون

(١-٢) الوسائل باب ٥ من ابواب احكام العقود حديث ٣-١

اشارة الى ما اشتراه يمكن ان يكون اشارة الى مثله.

وقد استدل له بجملة اخرى من النصوص وهى ان دلت على الحكم فى بعض الفروض الا انها لاتصلح للرد على الشيخ ره.

منها - خبر الحسين (١) بن منذر قال قلت لابى عبدالله عليه السلام الرجل يجيئنى فيطلب العينة فاشترى له المتاع مرابحة ثم ابيعه اياه ثم اشتريه منه مكانى قال اذا كان بالخيار ان شاء باع وان شاء لم يبع وكنت انت بالخيار ان شئت اشتريت وان شئت لم تشتر فلابأس - وهذا الخبر اما صريح فى ما اذا كان البيع الاول مؤجلا من جهة اختصاص العينة بذلك او عام له وللحال لومنعنا عن اختصاصها به - ولوفرض كون الاول مؤجلا كان البيع الثانى قبل حلول الاجل لصراحته فى الاشتراء وهو فى مكانه فعلى اى تقدير لايكون دليلا على الشيخ ره.

ومنها - خبر (٢) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم ايحل قال اذا لم يشترط ورضيا فلا باس (وعن) كتاب على بن جعفر روايته الا ان فيه بعشرة دراهم الى اجل ثم اشتراه بخمسة دراهم نقدا - والاول منهما ظاهر فى المؤجل و الثانى صريح فيه - وكلاهما ظاهران فى الاشتراء قبل حلول الاجل بل الثانى نص فيه - كما انهما صريحان فى ورود البيعين على المبيع الشخصى والاشتراء بنقصان من الثمن -

ومنها - خبر (٣) يعقوب بن شعيب وعبيد بن زرارة عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل باع طعاما بدراهم الى اجل فلما بلغ ذلك الاجل تقاضاه فقال ليس عندى دراهم خذ منى طعاما قال لابأس انما له دراهمه ياخذ بها ماشاء - وهو ظاهر فى الشراء بذلك الثمن بلا زيادة ولا نقيصة وهذا لاينكره الشيخ ره - بل لايبعد ظهوره فى الوفاء بغير الجنس لافى

(١) الوسائل باب ۵ من ابواب احكام العقود حديث ۴

(٢) الوسائل باب ۵ من ابواب احكام العقود حديث ۶

(٣) الوسائل باب ١١ من ابواب السلف حديث ١٠

لافى الاشتراء (مع) انه من جهة تكرار الاسم المنكر وهو قوله خذمنى طعاما بعد قوله عن رجل باع طعاما يدل على تعدد الطعام فى الموردين .

وقداستدل للشيخ بروايتين (الاولى) رواية خالد بن الحجاج (١) عن الصادق عليه السلام عن رجل بعته طعاما بتاخير الى اجل مسمى فلماحل الاجل اخذته بدراهمى فقال ليس عندى دراهم ولكن عندى طعام فاشتره منى قال عليه السلام لاتشتره منه فانه لاخير فيه - وصريحها الاشتراء بعدحلول الاجل (ولكن) لاظهور لهافى كون المبيع واحدافى البيعين لو لم تكن بقرينة تكرار الاسم المنكر ظاهرة فى الاختلاف -مع- انه لاظهور لهافى الاختلاف بمقدار الثمن - فهذه الرواية لاتنفع للشيخ ره (الثانية) رواية عبدالصمد (٢) بن بشير المحكية عن الفقيه قال سأله محمد بن قاسم الحناط فقال اصلحك الله ابيع الطعام من رجل الى اجل فاجيء وقد تغير الطعام من سعره فيقول ليس عندى دراهم قال خذ منه بسعر يومه قال افهم اصلحك الله انه طعامى الذى اشتريه منى قال لاتاخذمنه حتى يبيعه ويعطيك فقال ارغم الله انفى رخص لى فرددت عليه فشدد على - صريحها كون المورد شخص المبيع وظاهرها بعدالحلول وظاهرها ايضا الاختصاص بما اذاكان الثمن فى البيع الثانى اقل - وهذه تدل على ماذهب اليه الشيخ ره واخص من الخبر الاول من وجهين - لانه اعم من البيع قبل الحلول وبعده واعم من البيع بالمساوى اوالاقل وهذه اخص من هاتين الجهتين فيتعين تخصيصه بها - واما الخبر الثانى فهو صريح فى البيع بالمساوى فلاينافى هذه الرواية ولاينكره الشيخ - و اما الخبر الثالث فقدمر عدم دلالته على مايخالفه الشيخ ره واماخبرا على بن جعفر فقدعرفت ان ظاهر احدهما و صريح الاخر البيع قبل حلول الاجل (فتحصل) انه ليس فى مقابل خبر عبد الصمد ما يعارضه فما افتى به الشيخ بحسب الروايات لااشكال فيه

لايقال انه ضعيف السند لان الراوى عن عبدالصمد قاسم بن محمد الجوهرى وهو ضعيف اومجهول فانه يقال ان الخبر رواه الصدوق بسنده الى عبدالصمد وهو حسن واما الفرع الثانى - فالمنسوب الى الشيخ قده عدم جواز اخذ الطعام عوضا عن

---

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب السلف حديث ٣-٥

عوض الطعام الا بنحو التساوى ـ بل الظاهر المصرح به في محكى التهذيب سريان ذلك في جميع المعاوضات الربوية فلا يجوز فى اسلاف الطعام اخذ الدراهم بدلا عن الطعام (وقد استدل له) بالقاعدة الكلية المستفادة من بعض الاخبار من ان عوض الشيء الربوى لايجوز ان يعوض بذلك الشيء بزيادة وان عوض العوض بمنزلة العوض ـ وهو ـ خبر (١) على بن جعفر قال سالته عن رجل له على آخر تمر او شعير او حنطة ايأخذ بقيمته دراهم قال اذا قومه دراهم فسد لان الاصل الذى يشترى به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم (وفيه) اولا انه معارض فى مورده (٢) بما يدل على الجواز ـ وثانيا انه يدل على عدم الجواز حتى مع التساوى الذى لايقول به الشيخ ولعل وجهه عدم حصول التقابض فى المجلس .

قوله قده واما الحكم فى المستثنى وهو ما اذا اشترط فى البيع الاول نقله الى من انتقل عنه فهو المشهور الخ الكلام فى هذه المسألة يقع فى جهتين (الاولى) فى اصل الحكم بحسب النص والفتوى (الثانى) فى تطبيقه على القواعد

اما الجهة الثانية فقد اشبعنا الكلام فيها فى مبحث الشروط فى الشرط السابع لصحة الشرط .

واما الجهة الاولى ـ فالمشهور بين الاصحاب بطلان البيع المشروط بهذا الشرط والمصنف ره فى الشرط الفاسد صرح بان بطلان هذا البيع مما لاخلاف فيه ـ ومع ذلك فى المقام لم يسلم ذلك وكيف كان فقد استدل للبطلان بخبرين (احدهما) خبر الحسين (٣) بن المنذر عن الصادق عليه السلام عن الرجل يجيئنى فيطلب منى العينة فاشترى المتاع له مرابحة ثم ابيعه اياه ثم اشتريه منه مكانى قال فقال ان كان بالخيار ان شاء باع وان شاء لم يبع و كنت انت بالخيار ان شئت اشتريت وان شئت لم تشتر فلا باس الخبر ـ ثانيهما (٤) خبر على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل باع ثوبا

(١ـ٢) الوسائل باب ١١ من ابواب السلف حديث ١٢ ـ .

(٣ـ٤) الوسائل باب ٥ ـ من ابواب احكام العقود حديث ٤ـ٦

بعشرة دراهم الى اجل ثم اشتراه بخمسة دراهم ايحل قال عليه السلام اذا لم يشترط ورضيا فلا باس (بتقريب) انهما يدلان على ثبوت الباس اذا لم يكونا مختارين واشترطا البيع بالشرط الملزم وهو ما في ضمن العقد - وعليه - فاما يدل على فساد البيع الاول فهو المطلوب او يدل على فساد الثاني وحيث لا منشأ لفساده سوى فساد الاول فيثبت المطلوب - واجيب عن هذا الوجه بوجوه (منها) ما افاده المصنف ره وقد تعرضنا له ولجوابه في مسألة الشرط الفاسد (ومنها) ان ثبوت الباس اعم من الحرمة - وهو كما ترى (ومنها) انهما يدلان على ثبوت الباس والحرمة للاشتراط او البيع معه و هذا يستلزم نفوذ الشرط (وفيه) ان النهي في باب المعاملات وكذا ما شابهه ظاهر في الارشاد الى الفساد لا الحرمة التكليفية (ومنها) انهما متضمنان لما لا يقول به احد وهو اعتبار عدم اشتراط المشتري ذلك على البايع (وفيه) ان القوم ملتزمون بذلك - بل الشهيد عنون المسألة في غاية المراد بالاشتراء بشرط الاشتراء - فالحق انهما يدلان على ذلك فالحكم من حيث النص والفتوى لا اشكال فيه والله العالم .

في القبض

قوله قده القول في القبض وهو لغة الاخذ مطلقا او باليد الخ تنقيح الكلام بالتكلم في جهات - الاولى - ان تحديد مفهوم القبض انما هو لترتيب الآثار والاحكام المترتبة على هذا العنوان في الشرع واما ما لم يؤخذ القبض في موضوعه كما في رد المغصوب واداء ما في اليد ونحو ذلك فلا ملزم في تصوير الجامع بين ما يعتبر فيه وبين القبض ولا محذور في الالتزام بتعدد المعنى .

الثانية ان القبض الذي هو المبدأ لهذه المادة له معنى واحد وباعتبار قيامه بالبايع مثلا يعبر عنه بالاقباض وباعتبار قيامه بالمشتري قيام حلول يعبر عنه بالقبض ولا يكون معناه متعددا - من غير فرق بين تفسيره بالتخلية او الاستيلاء ولكل من اعتباري هذا المعنى الواحد آثار واحكام (فما) في المتن من بطلان تفسير القبض بالتخلية قطعا من جهة ان القبض فعل المشتري والتخلية فعل البايع في غير محله .

الثالثة ان القبض فى اللغة له معنى واحد فى جميع موارد استعماله والظاهر انه الاستيلاء على الشىء و التصرف فيه كان ذلك بالقبض باليد او بسائر الجوارح اوباجراء المعاملة عليه اواغلاق الباب اونحو ذلك فى المنقول وغيره والمكيل والموزون وغيرهما فى الحيوان وغيره فان هذا المعنى هو المناسب لما يقابل البسط المساوق للامساك والظاهر انه فى الشرع ايضا استعمل فى هذا المعنى الوحدانى وسيمر عليك ماتوهم دخله فيه بالتعبد شرعا .

الرابعة ان ما اعتبر فيه القبض بعنوانه وتوهم انه فى نصوصه وادلته اعتبر فى القبض زايدا على ماذكرناه شىء آخر- اوفسر بغير مااخترناه امور - .

احدها - الخروج عن ضمان المبيع فانه منوط بالقبض بعنوانه كما فى النبوى(١) المعروف كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه وفى رواية (٢) عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام فى رجل اشترى متاعا من رجل واوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه- فسرق المتاع من مال من يكون . قال عليه السلام من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه - الشارحة لحقيقة القبض بمايوهم خلاف ذاك - فانه قيل ان الاخراج من البيت كناية عن اخراجه عن تحت استيلائه وتمكين المشترى منه فتدل على كفاية الاستيلاء فى صدق القبض وبعبارة اخرى ان الاخراج الى المشترى مساوق لاستيلائه - وهذا هو مراد المصنف ره مما افاده فى المقام (وفيه) اولا ان الخبر ضعيف السند لمحمد بن عبدالله بن هلال المهمل وثانيا - انه يمكن ان يقرأ يقبض بالفتح من القبض ويكون الفاعل هو المشترى وعليه فالاخراج المعطوف عليه فعله وتصرفه فى المبيع فهو يؤكد ماذكرناه من عدم كفاية التخلية والاستيلاء فى صدقه- والظاهر الى هذا نظر العلامة ره والشهيد ره حيث استندا اليه فى اعتبار النقل فى صدق

---

(١) المستدرك باب ٩- من ابواب الخيار حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب الخيار حديث ١

القبض وما افاداه يتم ان كان مرادهما من النقل مطلق التصرف الخارجي كما لعله الظاهر والله العالم .

ثانيها ـ الرهن وظاهر الاية والرواية اعتبار القبض فيه بعنوانه مع ان مجرد الاستيلاء يكفي فان الاستيثاق المقوم له يحصل بمجرد الاستيلاء ولم يعتبر القبض الا لاجل الاستيثاق (و فيه) ان الاستيثاق مقوم حقيقة الرهن والقبض شرط فيه شرعا فاعتبار القبض ليس لاجل الاستيثاق .

ثالثها ـ بيع المكيل والموزون وقد اشتهر ان القبض في المكيل والموزون بالكيل والوزن و قد استدل له بجملة من النصوص كصحيح (١) معاوية عن الصادق عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه فقال مالم يكن كيل او وزن فلا تبعه حتى تكيله او تزنه الا ان توليه الذي قام عليه ـ وصحيح (١) منصور بن حازم عنه عليه السلام اذا اشتريت متاعا فيه كيل او وزن فلا تبعه حتى تقبضه الا ان توليه ـ وصحيح (٣) علي بن جعفر عن اخيه (ع) عن الرجل يشتري الطعام يحل له ان يولي منه قبل ان يقبضه قال اذا لم يربح عليه شيئا فلا بأس وان ربح فلا يبيع حتى يقبضه ـ وخبر (٤) ابي بصير عن الصادق عليه السلام عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل ان يكيله قال لا يعجبني ان يبيع كيلا او وزنا قبل ان يكيله او يزنه الا ان يوليه كما اشتراه ـ ونحوها غيرها ـ وتقريب الاستدلال بها من وجهين (الاول) انها تدل على اعتبار الكيل والوزن وحيث انه ليس لاجل اشتراط صحة المعاملة بهما و الالم يفرق بين التولية وغيرها فلامحالة يكون لامر آخر ـ و حيث انه قام الاجماع على جواز بيع الطعام بعد قبضه ـ فيعلم من ذلك انه يكون من جهة كونه قبضا (الثاني) ان جملة من النصوص كصحيحي منصور و علي بن جعفر متضمنة للنهي عن بيع المكيل والموزون قبل القبض ـ وجملة منها كصحيح معاوية وخبر ابي بصير متضمنة للنهي عن بيعهما قبل الكيل و الوزن ـ و مقتضى الجمع بين الطائفتين كون قبضهما هو الكيل والوزن ـ وفي صحيح معوية شهادة على ذلك (ثم ان) مورد النصوص وكلمات

(١ ـ٢ ـ٣ ـ٤) الوسائل باب ١٦ من ابواب احكام العقود حديث ١١ ـ١ ـ٩ ـ١٦

الاصحاب البيع الثانی قبل القبض بعد الفراغ عن صحة البيع الاول الذی هو حرام او مكروه. ومحل الكلام ان القبض الرافع للحرمة اوالكراهة هل يكون منحصرا فی الكيل والوزن المتجدد بينهما امهما احد افراده - ام لايكفيان عن القبض - ام يعتبر فيه شرعا زايدا علی ماهو حقيقة القبض تعبدا.

اقول - ان المستفاد من مجموع النصوص علی ما يقتضيه الجمود علی ظواهر النصوص ان البيع الثانی - لايجوز تحريما او تنزيها - فی المكيل والموزون قبل الكيل و الوزن وقبل القبض ای الرافع للحرمة او الكراهة هما معا وما ادعی من الاجماع علی الجواز بعد القبض وان لم يكل اويوزن غير ثابت كيف وقد صرح صاحب الجواهر بان ظاهر النصوص اعتبار الكيل والوزن حتی مع القبض وح يبقی (سؤال) وهو انه فی صحيح معاوية سئل عن البيع قبل القبض واجاب عليه السلام بانه فی المكيل والموزون لا بيع قبل الكيل والوزن ولو لم يكن القبض هو الكيل والوزن لماصح ذلك (و يمكن) ان يقال انه اذا كان المبيع كليا لايعتبر فی صحته فعلية الكيل والوزن وانما يكتفی بتقديره بمقدار معين كيلا اووزنا - ولكن يعتبر فعليتهما فی مقام الوفاء وتطبيق الكلی علی الفرد. وتعيينه فی الفرد وحيث ان تطبيق الكلی علی الفرد وتعيينه فيه متوقف علی قبول المشتری وقبضه فمجرد الكيل اوالوزن الفعلی من دون قبض من صاحب الحق لايوجب التعيين بل هو كيل مال البايع لاكيل مال المشتری - ففعلية الكيل والوزن مساوقة لقبض المشتری وقبوله وعلی هذا ينزل كلمات من نسب اليه كون قبض المكيل والموزون بكيله اووزنه - و استثناء التولية انما يكون مناسبا لهذا المقام كما افاده بعض الاكابر فانه يوليه البيع الصحيح ويكون هو المباشر لما يكون وفاء فكان اعتبار بيع التولية اعتبار قيام المشتری الثانی مقام المشتری الاول فی الطرفية للبيع لانه بيع جديد حتی يعتبر فيه قبض البايع فی البيع الثانی هكذا افيد.

القول فی وجوب القبض

قوله قدس سره مسألة يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الاخر بالبيع الخ

تنقيح الكلام بالتكلم فی مقامين (الاول) فی دليل وجوب التسليم وانه هل يجبر عليه لوامتنع مـن وجب عليه املا (الثانی) فی الفروع المتفرعة عليه- اما المقام الاول - فيدل عليه امران (احدهما) ان مقتضی العقد مالكية كل من المتبايعين لمال الاخرومن لوازم الملك وآثاره سلطنة المالك علی ماله بالتصرف فيه بای نحو شاء وبدفع مزاحمة الغيرومطالبته عمن بيده المال ووجوب الدفع عليه - وحيث - ان هذا من لوازم الملك والملك مقتضی العقد فيصح ان يقال ان العقد يقتضی وجوب التسيلم من حيث مدلوله الالتزامی ولازم هذا الوجه وجوب التسليم وان امتنع الاخر عنه لان ظلم احد لا يسوغ ظلم الاخر (ولوامتنع) عـن التسليم هل يجبر عليه من غير ناحية الامر بالمعروف املا ربما يقال انه لا يجبر لانه ليس له الا الملك ولا اثر للملك الا السلطنة التكليفية ولا وجوب علی من بيده المال الا بعنوان اداء مال الغير والاجبار انما يكون لوامتنع عن حق كی يرفع امره الی الحاكم الذی هو ولی الممتنع - ولكن الا ظهر انه يجبر عليه لان الحاكم ولی من امتنع عن حق الغير اوماله ولذا لوكان المال الموروث عند شخص وامتنع عن ادائه يتولاه الحاكم اويجبره علی الدفع من باب ولايته علی الممتنع وبعبارة اخری انه وان لم يجبر عليه من ناحية وجوب التسليم الذی هو علی هذا المسلك تكليف محض ولكن يجبر عليه من ناحية موضوعه وهو مال الغير (ثانيهما) ان بناء العقلاء فی باب المعاوضات علی التسليم والتسلم فيصير القبض والاقباض من الشروط الضمنية التی التزم بها المتعاقدان فی متن العقد ويكون الخيار لاجل تخلف هذا الشرط الضمنی فكل منهما يستحق علی صاحبه تسليم ما فی يده ولازم هذا الوجه هو الاجبار لوامتنع عن التسليم بلا كلام .

الفروع المتفرعة على وجوب التسليم

واما المقام الثانى فالفروع المذكورة اربعة (احدها) انه لو امتنعا معا عن التسليم فالمشهور بين الاصحاب انهما يجبران معا وعن التنقيح الاجماع عليه (وعن) الخلاف والمبسوط والغنية وغيرها انه يجبر البايع اولا على تسليم المبيع ثم يجبر المشترى على تسليم الثمن وهناك قولان آخران للعامة (الاول) انه يجبر المشترى اولا على تسليم الثمن (الثانى) انه لا يجبران معا .

واستدل للاول بان كلا منهما امتنع عما وجب عليه فيجبر عليه .

واستدل للثانى (بان) الثمن تابع للمبيع ويستحق عليه فيجب اولا تسليم المبيع ليستحق الثمن ووجهه المصنف ره بانصراف اطلاق العقد الى ذلك ولذا استقر العرف الى تسمية الثمن عوضا وقيمة و يقبحون مطالبة الثمن قبل دفع المبيع (وبانه) بتسليمه يستقر البيع ويتم اذ لو تلف قبل القبض كان من مال البايع (ويرد) على الاول ان الثمن عوض لا تابع وانما يتصف كل من المبيع والثمن بالعوضية فى مرتبة واحدة وآن واحد وهو عند تمامية العقد من دون سبق ولحوق اصلا وكذا فى مرتبة استحقاق التسليم المعاوضى وكون انصراف اطلاق العقد ذلك ممنوع وتقبيح مطالبة الثمن قبل دفع المبيع كتقبيح العكس (ويرد) على الثانى ان البيع يتم قبل القبض وقد حكم الشارع تعبدا بالانفساخ لو تلف المبيع قبل القبض .

واستدل للثالث -بان- حق المشترى متعين فى المبيع فيؤمر بدفع الثمن ليتعين حق البايع فان للبايع حقا آخر وهو التسلط على الخيار بعد الثلاثة وقد يفوته ذلك بالقبض كذا فى الجواهر -وماذكره اولا الى قوله فان للبايع ره -موجود فى محكى التذكرة - وذيله اضافه هو اليه (والظاهر) كونهما وجهين فان مآل ما فى التذكرة الى انه انما يجب التسليم بعد تعيين حق كل منهما وقبل تسليم الثمن بما انه لا يكون حق البايع متعينا فيجب البدئة به كى يتعين حقه- ومرجع ما فى الجواهر الى ان تكليف البايع بالبدئة يفوت حقا يختص به وهو خيار التاخير (اقول) يرد على الوجه الاول

مضافا الى اختصاصه بالثمن الكلى الذى نبه عليه فى آخر كلامه - ان وجوب التسليم كان من باب وجوب رد المال الى صاحبه ام من جهة الشرط الضمنى لافرق فيه بين المتعين والكلى ونسبته اليهما على حد سواء من دون تقدم وتاخر بينهما (و يرد) على الوجه الثانى ان وجوب التسليم انما يكون من باب الشرط الضمنى و نسبة ذلك اليهما على حد سواء وتفويت حق احدهما على تقدير لايصلح مانعا عن العمل بما التزم على نفسه .

واستدل للرابع بان الوجوب على كل منهما مشروط بعدم امتناع الاخر فاذا امتنعا معا ارتفع الوجوب عنهما (اقول) ان دليل الوجوب ان كان مادل على وجوب رد المال الى صاحبه فهو مطلق غير مشروط و ان كان هو الشرط الضمنى وهو وان كان مقيدا بتسليم الاخر على ماستعرف الا انه ليس مقيدا بعدم امتناع الاخر مطلقا حتى فيما اذا كان امتناعه لاجل امتناع هذا عن التسليم فتدبر فانه دقيق فالاظهر هو القول الاول .

ثانيها - انه لو امتنع احدهما عن التسليم مع تمكين الاخر من التسليم فانه يجبر عليه - وهل يجب التسليم على صاحبه مالم يجبر عليه كما عن المحقق الاديبلى ام يجوز له عدم التسليم كما عن المشهور وجهان - قد استدل للاول (بان) الانتقال بالعقد يقتضى وجوب الدفع على كل واحد منهما ومنع احدهما حق الاخر وظلمه لا يجوز الظلم للاخر ومنعه حقه واستجوده المحدث البحرانى ره (ولكن) الاظهر هو الثانى - فانه التزم كل منهما فى ضمن العقد ان يسلم بازاء التسليم ولازم ذلك عدم المطالبة مع عدم التسليم و معه فليس للممتنع مطالبة صاحبه و من المعلوم انه لا يجب دفع مالا يستحق صاحبه مطالبته - وان شئت قلت ان الالتزام بالتسليم المعاوضى ينحل الى التزامين - الالتزام بالتسليم عند تسليم الاخر - والالتزام بعدم التسليم مع امتناعه عنه .

ثالثها - انه لو كان تسليم احد العوضين مؤجلا - لااشكال فى انه لايجب على

مشترط التاخير التسليم ويجب على غيره - انما الكلام فيما اذا لم يسلم غير مشترط التاخير حتى حل الاجل - وانه هل لكل تسليم حكم نفسه فلو امتنع احدهما عنه ليس للاخر الامتناع عنه كما عن الاكثر - ام يعود حكم التقابض - وجهان مبنيان على انه كما لا التزام بالتسليم المعاوضى قبل حلول الاجل هل لا يكون التزام به بعده ايضا ام هناك التزام بالتسليم المطلق قبل حلول الاجل وبالتسليم المعاوضى بعده اذا فرض عدم تسليم غير المؤجل (صريح) الجواهر والمتن وغيرهما هو الاول (ولكن) المراجع الى اهل العرف يطمئن بالثاني - افرض انه بعد العقد المذكور اطمئن غير مشترط التاخير بان صاحبه لا يسلم بعد حلول الاجل فهل يلزمه اهل العرف بالتسليم كلا وليس ذلك الا لاجل الالتزام الضمني - فالاظهر هو الثاني

رابعها - انه بناء على الالتزام بالتسليم المعاوضى لو قبض الممتنع ماله بغير اذن صاحبه - فلا كلام فى ان لصاحبه استرداده لانه وان كان ماله الا ان المفروض ان لصاحبه حق الامتناع عن تسليمه وتسلطه على حبسه مع امتناع القابض عن التسليم انما الكلام فى تصرفاته وانها هل تجوز ام لا - وفى الجواهر اختيار الثاني واستدل له بانه المناسب للارفاق وحديث الضرار - وفيه - ان المناسب للارفاق وحديث الضرار هو الاول فانه ماله ولا يكون متعلقا لحق الغير اذ لم يثبت بالالتزام الا جواز الامتناع لا حدوث حق فى العين يمنع عن التصرف فيها و منع المالك عن التصرف فى ماله ضرر عليه - فالاظهر هو الاول .

لزوم التفريغ

قوله قده يجب على البايع تفريغ المبيع من امواله مطلقا ومن غيرها فى الجملة الخ تنقيح القول فى المقام بالتكلم فى موارد (الاول) يجب على البايع تفريغ المبيع من امواله - ومن غيرها الا مع علم المشترى باشتغاله به ورضاه بذلك والدليل عليه مادل على وجوب التسليم من الوجهين (الثاني) ان وجوب التفريغ هل هو نفسي كوجوب التسليم اوشرطي - ظاهر كلمات القوم هو الثاني حيث قالوا يجب

التسلیم مفرغا - واستدل المصنف ره للاول بوجهین .

احدهما - ان اطلاق العقد کما یقتضی اصل التسلیم کك یقتضی التسلیم مفرغا والمراد بالاطلاق اما هو الشرط المضمر - اوان مقتضی العقد هو مالکیة کل من المتعاقدین لمافی یدالاخر ویترتب علی کل منهما آثار الملکیة منها سلطنة مالکه علیه ودفع مزاحمة الغیر وترك التفریغ مزاحمة له فی سلطانه علی الانتفاع بماله فیجب التفریغ - دفعا للمزاحمة - و الظاهر ان مقتضی کلا الوجهین ما افاده من الوجوب النفسی - اما الثانی فواضح و اما الاول فلان الشرط لیس واحدا و هو التسلیم التام - بل هواثنان لتعدد الغرض - من کون المبیع تحت سلطانه - والانتفاع به بجمیع الانتفاعات .

ثانیهما - ان التسلیم بدونه کالعدم بالنسبة الی غرض المتعاقدین (وفیه) انه لوتم لدل علی الوجوب الشرطی لاالنفسی کما لایخفی (الثالث) لوتراخی زمان الامکان ومضت مدة ولم یتمکن البایع من التفریغ اولم یفرغ فقد حکم المصنف ره بالخیار مع شرطین وهما - کون المشتری جاهلا - وتضرره بفوات بعض المنافع - والظاهر ان نظره الی حدیث لاضرر المختص بصورة التضرر و الجهل (ولکن) بما ان هذا الخیار یمکن اثباته من باب تخلف الشرط فلایکون مقیدا بصورة التضرر و فوات بعض المنافع .

الرابع - لومضت مدة وفات فیها بعض المنافع - فان کان بتقصیر منه کان تفویتا للمنفعة فیشمله قاعدة (۱) من اتلف ویثبت ضمانه - وان لم یکن کك فان کان الفوات ای فوات المنفعة مستندا الیه ولوکان من غیر اختیار منه ضمن لقاعدة من اتلف - والافلا - اذلااتلاف - ولاید (۲) علیها لفرض کونها تحت یدالمشتری فلا موجب

---

(۱) قاعدة مستفادة من مضامین الاخبار وعلیها الاجماع

(۲) سنن بیهقی ج۶ ص۹۰ - کنز العمال ج۵ ص۲۵۷

للضمان - واما - قاعدة (١) احترام مال المسلم - وقاعدة (٢) نفى الضرر فقد تقدم فى الجزء الثانى عشر من هذا الشرح انه لايمكن اثبات الضمان بهما .

حكم مالو كانت الارض مشغولة بالزرع

الخامس لو كانت الارض مشغولة بزرع للبايع لم يبلغ اوان حصاده - ففيه جهات من البحث .

الاولى انه هل يجب على المشتري الصبر الى بلوغ اوانه - ام له السلطنة على المنع من ابقاء الزرع - ام له القلع او الالزام بقلعه .

قد استدل للاول بلزوم تضرر البايع بالمنع من الابقاء والقلع فسلطنة المشتري على المنع من الابقاء مرفوعة بقاعدة نفى الضرر . واورد عليه (تارة) بان البايع اقدم على هذا الضرر ببيعه الذى هو نقل للمنافع الى ملك الغير تبعا للارض (واخرى) بانه معارض بتضرر المشتري من عدم سلطنته على المنع وكون ذلك تحت استيلاء البايع - ودفع - ذلك بانجبار ضرره بالخيار كما فى المتن . غريب - فان لزوم البيع ليس ضرريا كي يثبت الخيار بل الموجب للضرر هو سلطنة البايع على الابقاء وعدم سلطنة المشتري على المنع - ومعلوم ان القاعدة انما ترفع كل حكم كان ضرريا ولا تدل على رفع حكم آخر وان لزم منه عدم الضرر من هذا الحكم - وفيهما نظر (اما الاول) فلان صدق الاقدام على الضرر يتوقف على ثبوت السلطنة للمشتري على المنع عن الابقاء وهى مرفوعة بالحديث فلا اقدام على الضرر (وان شئت قلت) ان صدق الاقدام متوقف على ثبوت السلطنة وهو يتوقف على صدق الاقدام والا فهى ترتفع بالحديث وهذا دور (واما الثاني) فلان عدم السلطنة لا يكون مشمولا للحديث لاضرر فانه مختص بالاحكام الوجودية و البايع لا سلطنة له على الابقاء فان الانسان مسلط على مال نفسه دون

---

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٣

(٢) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار - وقد مر فى خيار الغبن عمدة مصادر الحديث

مال غيره والسلطنة على الابقاء سلطنة على مال الغير - فعدم هذه السلطنة لعدم المقتضى لالوجود المانع فالاظهر انه لاسلطنة له على المنع من الابقاء اوالقلع اوالالزام بقلعه .

الثانية هل للمشترى الخيار مع الجهل ام لا - الظاهر ذلك لتخلف الشرط المضمر فان بناء المتعاقدين ارتكازا على مامر تسليم المبيع مفرغا .

الثالثة - هل للمشترى الاجرة مع اختيار البايع الابقاء وعدم اعمال المشترى للخيار ام لا - الاظهر هو الاول فان العين بمالها من المنافع تنتقل بالبيع الى المشترى والبايع يستوفى منفعتها المملوكة له بابقاء الزرع فلابد من دفع الاجرة لاحترام مال المسلم (ودعوى) ان احترام المال سقط بمقتضى حديث لاضرر الدال على انه لاسلطنة للمشترى على المنع من ابقاء الزرع ومعه لا وجه للبناء على بقاء احترامه وعدم ذهابه هدرا (مندفعة) بان لكل مال مضاف الى مسلم حيثيتين حيثية المالية وحيثية الملكية ولكل منهما احترام ومقتضى الاحترام من الحيثية الاولى عدم ذهابه بلاتدارك ومقتضى الاحترام من الحيثية الثانية عدم مزاحمة المالك فى سلطانه بالتصرف فيه من غير اذنه ورضاه - وحديث لاضرر انما اسقط الاحترام من الحيثية الثانية ولاوجه لسقوط الاحترام من الحيثية الاولى - فالاظهر ثبوت الاجرة .

لو احتاج تفريغ الارض الى هدم شيء

قوله قده ولو احتاج تفريغ الارض الى هدم شيء هدم الخ الكلام فى هذا الفرع ايضا فى جهات .

الاولى هل يتوقف الهدم على اذن المشترى ام لا - ربما يقال بعدم التوقف نظرا الى ان شرط التفريغ شرط لذلك كله وبناء عليه قيل لايجب بعد الهدم اصلاح ماافسد (وفيه) ان شرط التفريغ ليس الاشرط كون الدار فارغة لاشرط فعل البايع - مع انه شرط له لاعليه - وعليه فلوسلم كون الشرط هو التفريغ المتوقف على الهدم لاوجه للقول بعدم وجوب الاصلاح اذقد عرفت ان للمال المضاف الى المسلم بالاضافة الملكية

حيثيتين ولكل منهما احترام وسقوط احترامه من احدى الحيثيتين لايوجب سقوطه من الحيثية الاخرى .

الثانية انه بعد الهدم هل يجب اعادته اوالارش امهناك فرق بين ماكان مثليا كحائط البساتين فالاعادة وبين مالم يكن كك فالارش ـ وجوه والاظهر هو الاخير ولايخفى وجهه (الثالثة) ان الارش الذى يؤخذ هل هو قيمة الهدم اوارش العيب ـ صريح المتن هو الاول ـ وهو الاظهر فان هذا العيب انماطرأ باذن المشترى وانما يحكم بضمان القيمة لاجل الاحترام بالتقريب المتقدم .

قوله قده لو امتنع البايع من التسليم فان كان لحق الخ ههنا فروع

الاول ـ انه لوكان الامتناع لاعن حق لاكلام فى ضمان المنافع فانه كغيره من الغاصبين .

الثانى ـ اذا كان امتناعه عن حق ـ فان استوفى البايع المنفعة ضمن بلا كلام لاستيفائه منافع مال الغير وان لم يستوفها ففيه وجهان بل قولان قد استدل للضمان بان جواز الحبس غير سقوط حق المنفعة توضيحه ان مقتضى اليد والاتلاف الضمان ولامانع سوى جواز الحبس وهو لايصلح للمانعية والمصنف قده قال .

الا ان منافع الاموال الفائتة بحق لا دليل على ضمانها توضيحه ان مال الغير اذا جاز حبسه اما ان يكون من جهة كونه امانة مالكية او يكون من جهة كونه امانة شرعية ولكل منهما وجه فى المقام فان الالتزام بالتقابض المعاوضى مقتضاه استحقاق الحبس وهو اقوى من التامين المالكى والمفروض ان الشارع الاقدس ايضا رخص فى الحبس وعلى التقديرين لاضمان اذ لاسبيل على الامين .

الثالث ـ هل على المشترى نفقة المبيع ام لا ام هناك تفصيل بين كونه عن حق فعليه النفقة وبين كونه لاعن حق فعلى البايع وجوه اظهرها الاخير فان الحبس عن حق لايوجب سقوط نفقة المملوك عن مالكه فضلا عن ثبوتها للبايع واما فى الحبس لاعن حق فمقتضى صحيح (١) ابى ولاد كون النفقة على الغاصب .

---

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب كتاب الاجارة حديث ١

الرابع ـ لا اشكال فى عدم وجوب نفقة الزوجة مع عدم التمكين اذا كان الامتناع لاعن حق لاشتراط وجوبها بالتمكين التام انما الاشكال فيما اذا كان الامتناع عن حق كما اذا امتنعت حتى تقبض المهر ـ ومنشأ الاشكال ان الشرط هو التمكين الواجب عليها وحيث لاوجوب مع جواز الامتناع فيجب النفقة او التمكين المطلق فلاتجب ولعل الظاهر هو الاول ـ وعليه فالفرق بين النفقة فى المقامين واضح فان نفقة المملوك غير مشروطة بخلاف نفقة الزوجة فتدبر .

الخامس ـ لوطلب المشترى من البايع الانتفاع به فى يده فهل تجب اجابته ام لا وجهان مبنيان على ان الملتزم به هو التقابض المعاوضى خاصة فلا دليل فى مقابل قاعدة السلطنة المقتضية للسلطنة على جميع التصرفات و منها ذلك فان الشرط هو عدم التسليم مع امتناع صاحبه عنه ـ او هو المنع من التصرفات ـ ولا يبعد اظهرية الثانى .

احكام القبض بعد تحققه ـ انتقال الضمان الى القابض

قوله قده من احكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى القابض فقبله يكون مضمونا عليه الخ لاكلام ولا اشكال فى ذلك وانه لوتلف قبل القبض يكون ضمانه على البايع ـ ويشهد له النبوى (١) المشهور كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه ـ وخبر (٢) عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام فى رجل اشترى متاعا من رجل واوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال آتيك غدا انشاء الله تعالى فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله ـ انما الكلام فى مواضع .

---

(١) المستدرك باب ٩ من ابواب الخيار حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب الخيار حديث ١

الاول ـ ان الضمان الثابت فى المقام هل هو ضمان المعاوضة بحيث يتلف المبيع من مال البايع حقيقة او ضمان الغرامة بحيث يتلف فى ملك المشترى ويكون تلفه عليه لا تلفه منه حقيقة كما عن بعض تبعا للمسالك ـ وجهان ـ اظهرهما الاول ـ و ذلك لان مدرك هذا الضمان هو النبوى وخبر عقبة وهما ظاهران فى ذلك (اما النبوى) فلان من اما نشوية او للتبعيض ـ او للابتداء (فان كانت) نشوية كان معنى الخبر ان المبيع التالف بهذا الوصف ينشأ من مال البايع ولازم ذلك كون التالف قبل التلف مالا له والا لم يكن التلف ناشئا من ملكه وبعبارة اخرى ان ظاهره على هذا وقوع التلف على مال البايع وحيث انه ليس المراد رجوعه اليه مجاناً بل المراد رجوعه اليه ببدله فلازم ذلك انفساخ المعاملة (وان كانت) للتبعيض فظاهره وان كان صيرورة المبيع ملكا للبايع بالتلف الا ان ذلك لما كان غير معقول فلابد وان يراد به كونه ملكا له قبل التلف آناً ما ويكون اطلاق المال عليه بعد التلف باعتبار كونه مالا له قبله (وان كانت) للابتداء ـ بان يكون ضمير هو عائدا الى التلف المستفاد من الماضى المشتق منه كما فى مثل اعدلوا هو اقرب للتقوى فيكون مفاده ان التلف من البايع ولازم ذلك الانفساخ اذ فرق بين كون التلف منه وكونه عليه ولازم الاول دخوله فى ملكه ـ فما افاده ـ المحقق الايروانى ره من انه على هذا لا يدل على الانفساخ لصدق كون التلف منه مع ثبوت عوضه فى امواله ـ غير تام ـ فانه يصدق كون التلف عليه لا منه (واما خبر عقبة) فلان قوله فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع ظاهر فى ان السرقة تكون من مال البايع ولا يكون ذلك الا بالانفساخ حتى تكون سرقته منه.

الثانى ـ ان هذا الضمان هل هو حقى قابل للاسقاط ام حكم شرعى غير قابل له وجهان اقواهما الثانى فان الضمان المعاوضى معناه كون المبيع بعد البيع بحيث اذا تلف قبل قبضه ينفسخ العقد شرعا وهذه الحيثية بالاضافة الى الانفساخ و الملكية من قبيل القوة بالاضافة الى الفعلية و ليس شىء منهما حقا قابلا للاسقاط لا الانفساخ

والملكية الفعلية ولاهذه الحيثية وعليه فلايصح اسقاطه.

الثالث انه على الانفساخ هل يبطل البيع عند التلف اومن اصله و جهان ـ واستدل المصنف ره للاول بان تقدير مالية البايع قبل التلف مخالف لاصالة بقاءالعقد (وحاصله) ان الاصل بقاء العقد الى التلف رفعنا اليدعن ذلك بالنسبة الى ماقبل التلف فيبقى الباقي عملا بالاستصحاب الى حين العلم بالزوال (واورد) عليه المحقق التقى ره بان القول بالبطلان من رأس وان كان مخالفا لمادل على صحةالبيع ونفوذه وحرمة نقضه ـ ولكن هذا لازم على تقدير القول بالانفساخ قبل التلف آناما فان مقتضى اطلاق تلك الادلة ثبوت الملك ووجوب الوفاء في جميع الازمنة لامجرد ثبوت الملك آناما ـ مضافا الى لزوم مخالفة قاعدة(١) سلطان الناس على اموالهم وانفسهم فان مقتضى الاول عدم خروج مال احد عن ملكه بدون رضاه ـ و مقتضى الثاني عدم دخول شيء في ملكه بدون رضاه والانفساخ القهري موجب لخرم كل من القاعدتين بل يلزم من ذلك خرم قاعدة (٢) الخراج بالضمان حيث ان الخراج على هذا التقدير للمشتري والضمان للبايع بخلاف مالو قلنا بالانفساخ من رأس فان الضمان والخراج للبايع فالقول بالانفساخ من راس مخالف لقاعدة واحدة ـ والقول بالانفساخ حين التلف مخالف لقواعد اربع فيقدم الاول ترجيحا لحفظ القواعد الاربع على حفظ دليل واحد ولوفرض التكافؤ والتساقط فالمرجع اصالة فساد العقد وعدم انتقال كل من العوضين عن صاحبه الاصلي الى غيره (اقول اما) مخالفة القول بالانفساخ من حين التلف لدليل صحة البيع ونفوذه فيردها ان العقد الصحيح هو مايؤثر في الملكية المرسلة والفسخ او الانفساخ لا يوجب عدم التأثير كي ينافيه بل يوجب رفع هذه الملكية المرسلة (و اما) مخالفته لقاعدة السلطنة على النفس والمال فيردها ان دليل السلطنة انما ينفي تصرف غيره من الناس والانفساخ حكم شرعي لامعنى لكون دليل السلطنة نافيا له

---

(١) البحار ج٢ ص٢٧٢ الطبع الحديث

(٢) المبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان ـ صحيح الترمذي ج٥ ص٢٨٥

(و اما) مخالفته لقاعدة الخراج بالضمان فيردها ما تقدم من عدم التلازم بينهما و انما مفاد الحديث على فرض وجوده ان الضمان المعاوضى اى ملكية العين بازاء شيء يتبعها ملكية المنافع فالاظهر هو الانفساخ من حين التلف .

ثم انه - على هذا هل الانفساخ حقيقى او حكمى - وقد استدل للثانى - بوجهين (احدهما) ان المال فى الان المتصل بقائه بانعدامه يخرج عن المالية والملكية ان الشيء الذى يتلف فى آن وجوده لاقيمة له فى العرف و لا يبذل العقلاء بازائه مالا (وفيه) اولا انه لايوجب سلب المالية مالم يكن معلوما لعامة الناس - وثانيا - ان تقديره ملكا انما هو لرجوع ماجعل عوضا عنه الى مالكه ولافرق فى ذلك بين كونه مالا وعدمه (الثانى) مااستند اليه المحقق التقى ره وهو ان الجزء غير المتجزى من الزمان غير موجود فالملك الحقيقى ان وجد لا فى زمان فهو محال وان وجد فى زمان فيكون هذا الزمان لامحالة قابلا للتجزية فيمكن فرض الملك فى الاقل من ذلك فلو حكم بالملك فى هذا المقدار مع امكان الاقل منه فلم لايحكم فى اكثر من ذلك ولو التزم بكون الملك فى اقل من الزمان المفروض ينقل الكلام فى ذلك المقدار الاقل ونقول فيه ما قلناه فى الفرض الاول (وفيه) انه يلتزم بالملك فى الجزء الاخر من الزمان عرفا وكون ذلك الجزء قابلا للتجزية عقلا غير مناف بعد كونه غير قابل له عرفا فالاظهر هو الانفساخ الحقيقى على ما يقتضيه ظواهر الادلة فان مادل على كون التلف من البايع يدل بالالتزام على الانفساخ الحقيقى.

الرابع - ان التلف الحقيقى مساوق للانعدام الا ان التلف عرفا اعم منه ومن كل مالا يرجى معه عود المبيع كما هو ظاهر خبر (١) عقبة بن خالد حيث حكم فيه بانه من البايع بسبب السرقة (لايقال) ان تعذر التسليم عد من اسباب الخيار مع ان لازم هذا الوجه الانفساخ بسببه (فانه يقال) تعذر التسليم ربما يكون مع العلم بالتمكن بعد حين اومع الشك وربما يكون مع العلم او الاطمينان بعدم الامكان الى الابد والملحق بالتلف هو الثانى والموجب للخيار هو الاول فتأمل فان ذلك قابل للمنع .

---

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب الخيار

الخامس ـ اذا وقع القبض غير واجد لشرائط صحته ـ فهل ينتقل الضمان ام لا ملخص القول انه مع فقد بعض مايعتبر فيه ان صدق عليه القبض الذى حقيقته الاستيلاء على المقبوض مع التصرف الخارجي على ماتقدم انتقل الضمان اذلم يؤخذ فى موضوع الانتقال سوى عنوان القبض ـ وعليه فلو تحقق القبض من دون اذن ذى اليد كفى وان جاز استرداده (واما الكيل والوزن) فان كان المبيع شخصيا فهما غير معتبرين فى القبض وعلى فرض الاعتبار تعبدا لاوجه لاعتبارهما فى رفع الضمان ـ وان كان كليا فالوفاء لايكون الا بالكيل والوزن فالقبض بلا اذن من البايع لايحقق الوفاء ولايشخص ملك المشترى كى يرتفع الضمان (واما النقل) بناء على اعتباره فان كان معتبرا فى صدق القبض فهو يعتبر فى رفع الضمان وان كان غير معتبر فيه وان اعتبر تعبدا فلايكون معتبرا فى رفع الضمان (ومماذكرناه) ظهر عدم الاكتفاء بالتخلية على القول بعدم كونها قبضا (كما) ظهر ما فى كلمات المصنف من الاشكال .

انتقال الضمان بالاتلاف

السادس فى الاتلاف ـ وهو قد يكون من المشترى ـ وقد يكون من البايع ـ وقد يكون من الاجنبى (فان كان) الاتلاف من المشترى فحيث انه مساوق للقبض فانه استيلاء مع التصرف الخارجي فبالاتلاف يتحقق القبض فلايكون من التلف قبل القبض ولا فرق فى ذلك بين العلم والجهل ـ وان ابيت عن ذلك فان قلنا بشمول التلف للسماوى والاختيارى فينفسخ العقد من غير فرق بين الصورتين ـ والافلابد من الرجوع الى مايقتضيه القاعدة وهو كون التلف من المشترى لامن البايع.

وان كان ـ الاتلاف من البايع ففيه وجوه (الاول) ماعن المبسوط والشرايع والتحرير وهو كونه كالتلف موجبا للانفساخ (الثانى) كونه موجبا لضمان الغرامة ـ (الثالث) تخيير المشترى بين الرجوع بالمسمى و الرجوع ببدل التالف اختاره جمع من الاساطين منهم المصنف ره (واستدل) للاول بان الانفساخ فى النص علق على التلف وهو قد يكون قهريا وقد يكون اختياريا ومقتضى الاطلاق عدم الفرق بين اسبابه

بل ظاهر خبر عقبة بن خالد شموله للاختيارى فان السرقة المنزلة منزلة التلف لاتكون الا بالاختيار ولافرق فى هذا المعنى بين اتلاف الاجنبى والبايع (وفيه) ان التلف منصرف الى القهرى و بعبارة اخرى انه بحسب المتفاهم العرفى مقابل للاتلاف - وخبر عقبة قد مر انه ضعيف السند لمحمد بن عبدالله بن هلال.

وبما ذكرناه يظهر مدرك القول الثانى فانه اذا لم يشمله النبوى يشمله من اتلف مال الغير بل لو شك فيما ذكرناه واحتمل شمول التلف لمورد الاتلاف يجرى استصحاب بقاء المبيع على ملك المشترى وينقح بذلك موضوع من اتلف.

واستدل للثالث بوجهين (الاول) انه يجتمع فيه سبب ضمان المسمى والانفساخ وهو كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه وسبب ضمان الغرامة وهو من اتلف مال الغير وحيث لامرجح لاحدهما فيحكم بالتخيير (وفيه) اولا ماتقدم من عدم شمول التلف لما اذا كان السبب اختياريا - وثانياً - انه لاتنافى بين الدليلين فى المقام فان دليل التلف قبل القبض يوجب انفساخ المعاملة وصيرورة المال للبايع ويرتفع بذلك موضوع من اتلف مال الغير - وبعبارة اخرى - ان دليل من اتلف يدل على تأثير الاتلاف على تقدير وجود موضوعه وليس هو كساير الادلة حافظا لموضوعه ودليل التلف يوجب ارتفاع موضوعه فلاتعارض بين الدليلين ولا تزاحم (الثانى) ان الاتلاف يوجب تعذر التسليم فيوجب الخيار للمشترى - وحيث انه متعلق بمال المشترى فيشمله دليل من اتلف مال الغير - فله الخيار والتضمين بالبدل و حيث انه مع اعمال احدهما لامورد للاخر يتخير بينهما (و اورد عليه) بان دليل الخيار مع تعذر التسليم مختص بما اذا بقى المال على قابلية التسليم غاية الامر تعذر لعارض (وفيه) انه تخصيص بلاوجه - وعليه فيتخير المشترى بين الفسخ واخذ الثمن - والابقاء واخذ القيمة.

وان كان الاتلاف من الاجنبى - جاء فيه الوجوه الثلاثة المتقدمة - و وجه الانفساخ فيه اظهر لما فى خبر عقبة من الانفساخ بما هو بمنزلة اتلاف الاجنبى - فالاظهر فيه ايضا التخيير بين الفسخ واخذ الثمن والابقاء واخذ البدل من الاجنبى.

قوله قده وهو مبني على ثبوت الملك التحقيقي قبل التلف الخ

اورد عليه المحقق التقى ره بانه يمكن ان يلتزم بالانفساخ الحكمى ويترتب عليه كون مؤونة التجهيز على البايع بان يقال انه اذا حكم على الملك الحكمى فظاهره ايضاً الملكية المطلقة الحكمية ومقتضاه ترتيب جميع احكام الملك والتنزيل منزلة الملك فى جميع الاحكام ومن الاحكام وجوب تجهيز العبد على المالك اذامات ـ (وفيه) ان الخبر ليس فى مقام بيان ثبوت الملك للبايع كى يتمسك باطلاقه بل فى مقام بيان تلف الملك من البايع وحيث انه لا يعقل تلف الملك منه حقيقة فهو تلف الملك منه حكما ولا اثر لذلك الا الانفساخ ـ (و بالجملة) ـ لو كان لسان الدليل ملكية البايع تم ما افاده ولكن بما ان لسانه كون التالف من ملك البايع ولا اثر لهذا سوى الانفساخ فلا يتم فتدبر.

قوله قده لا يخلو السقوط عن قوة الخ قد مر انه لا قوة فيه ولا وجه له مع عدم صدق القبض وتعليق الانفساخ على القبض.

قوله قده فهل للبايع حبس القيمة على الثمن و جهان الخ قد استدل لعدم الجواز بان جواز الحبس انما هو من جهة الالتزام الضمنى وهو انما يكون بالتعاوض فى تقابض العوضين فلا وجه لحبس القيمة (وفيه) ان الشرط هو التعاوض فى تقابض العوضين اعم من انفسهما وبدليهما فان هذا الالتزام انما هو للتحفظ على ماله بما انه مال لئلا يذهب هدراخارجا مع عدم تسلم عوضه ـ ولا فرق فى ذلك بين العوض وقيمته.

قوله قده ولو قبض المشترى بغير اذن البايع حيث يكون له الاسترداد فاتلفه البايع الخ استدل لكونه كاتلافه قبل القبض بوجهين (احدهما) ان القبض بلا اذن كالعدم ـ وقد تقدم عدم توقف صدق القبض على الاذن (ثانيهما) ان اتلاف البايع اياه استرداد ـ فكما انه لو استرده فاتلفه يكون من الاتلاف قبل القبض ـ وكذا لو تلف باسترداده ـ كك لو اتلفه فانه استرداد بالاتلاف (وفيه) اولا ـ انه لو استرده فاتلفه لا نسلم كونه من الاتلاف قبل القبض وثانيا ان الاتلاف ليس استرداداً الذى هو عبارة عن اعادة الاستيلاء السابق لعدم كونه استيلاء ـ بل اتلاف لما هو تحت استيلاء الغير ـ

فالاظهر انه من الاتلاف بعدالقبض .

قوله قده و لولا شبهة الاجماع على عدم تعين القيمة الخ لا اجماع عليه وعلى فرض لايكون تعبديا فلامانع من الالتزام به لوساعد الدليل على ذلك .

تلف الثمن كتلف المثمن

قوله قده تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين الخ

قداستدل له بوجوه (احدها) الاجماع (وفيه) انه لمعلومية مدرك المجمعين اواحتمال كونه احد المذكورات لايعبأبه لعدم كونه تعبديا (ثانيها) قوله عليه السلام في خبر عقبة المتقدم فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه - بتقريب ان ضمير الحق يرجع الى البايع فيكون المراد ضمانه للثمن قبل القبض (وفيه) ان كونه ضامنا للثمن اعم من الانفساخ وارادة الضمان المعاوضي لاضمان الغرامة غير ثابتة (وما افاده) المحقق النائينى ره من صراحة الرواية اوظهورها في ارادة الضمان المعاوضي وسراية هذا الحكم الى الثمن (يردعليه) انه مع اختلاف التعبير كيف يدعى ذلك - بل ترتب ضمانه على قبض المبيع يؤيد ارادة ضمان الغرامة لاالمعاوضي كما لا يخفى (مع) ان الخبر ضعيف السند كما تقدم (ثالثها) صدق المبيع على الثمن فيعمه النبوي كل مبيع تلف قبل قبضه - وجه توهم الصدق ما اشتهر من صدق البيع على الاشتراء لكونه من الاضداد -(وفيه) انه لايصدق ذلك وليس البيع من الاضداد كما تقدم

رابعها -كونه على القاعدة من جهة الالتزام الضمني في ضمن البيع تسليم الثمن الى البايع فاذا لم يمكنه التسليم بطل العوضية (وفيه) انه ان قيد العوضية الاعتبارية ببقاء العوضين بطل البيع - والا فلايوجب اشتراط التسليم الا الخيار - فالحق انه لادليل على الانفساخ بتلف الثمن (و بما ذكرناه) يظهر الحال في ساير المعاوضات - فان الانفساخ بتلف احد العوضين فيها لامدرك له سوى بعض ما تقدم - نعم - في خصوص الاجارة تنفسخ الاجارة بتلف العين فان المملوك فيها هي المنفعة ومع عدم العين لامنفعة فلاشيء حتى يملك .

تلف بعض المبيع قبل قبضه

قوله قده لو تلف بعض المبيع قبل قبضه فان كان مما يقسط الثمن عليه الخ

يقع الكلام فى موردين الاول فى تلف الجزء الذى يقسط عليه الثمن الثانى فى تلف الوصف و الجزء الذى لا يقسط عليه الثمن .

اما الاول ـ فمقتضى عموم النبوى كل(١) مبيع تلف ـ هو انفساخ البيع بالاضافة اليه لصدق المبيع على كل جزء من الاجزاء ـ و عدم صدق البيوع على بيع الدار مثلا لا ينافى ذلك فان وحدة البيع فيه وحدة انشائية ووحدة عمومية لاشخصية .

واما الثانى ـ فالحق ان تلف الوصف لا يوجب الانفساخ ولا اخذ الارش اما الاول فلانه لامقابل له من الثمن ليعود بالانفساخ ـ واما الثانى ـ فلان ثبوت الارش انما يكون بالتعبد و دليله مختص بالعيب الموجود قبل العقد ولا يشمل الحادث بعده والمصنف ره ذهب الى ان النبوى الدال على الانفساخ فى تلف الكل والجزء الذى يقسط عليه الثمن يدل على التخيير بين الرد والامساك بالارش فى المقام بتقريب ان معنى كونه من مال البايع وقوع التلف فى ملكه و لازم تقديره فى ملك البايع ان العقد كان لم يقع ومقتضاه لو كان التالف تمام المبيع انفساخ العقد ولو كان التالف جزئه انفساخه بالنسبة الى ذلك الجزء ولو كان هو الوصف او الجزء الذى لا يقسط عليه الثمن وفقده موجب للتعيب جريان احكام العيب فان المنفى على الاخير حيثية الوصف لفرض وقوع العقد ومعنى عدم وقوع العقد على الموصوف مع فرض وقوعه وقوعه على المعيب (وفيه) اولا ان الموضوع فى النبوى تلف المبيع ووصف الصحة وكذا ما بمنزلته ليس مبيعا ولا جزء منه وحمله على كون ذكر التلف من باب كونه اظهر الافراد يحتاج الى قرينة وثانيا ـ ان الوصف لم يقع عليه العقد ففرض العقد كان لم يكن غير مؤثر فى ضمان الوصف وترتب حكم الخيار .

---

(١) المستدرك باب ٩ من ابواب الخيار حديث ١

وقد يقال - في تقريب ما افاده المصنف ره بان المستفاد من النبوي تنزيل التلف والنقص قبل القبض منزلة التلف والنقص قبل العقد ولازم ورود العقد على الناقص اجراء احكام خيار العيب (وفيه) مضافا الى الايراد الاول الذي اوردناه على ما افاده المصنف ره ان غاية ما يستفاد من كون التلف من البايع دخوله في ملك البايع بحيث يضاف اليه التلف وهو ملكه و ليس لازم ذلك فرض دخوله في ملك البايع قبلا او فرض وقوع التلف قبل العقد كي يكون لازمه ورود العقد على الناقص.

ثم انه ربما يستدل على جواز الرد - بل على اخذ الارش بحديث(١) لاضرر - بدعوى ان المبيع اذا تعيب قبل القبض يكون الصبر عليه ضررا على المشتري فوجوب البيع الذي حدث فيه العيب من جهة الضرر يكون مرفوعا بالحديث وحيث انه ربما يكون الحاجة ماسة الى المعاوضة فيكون فسخها ايضا ضررا عليه فله الامساك واخذ الارش فتكون النتيجة هو التخيير بين الامرين (وفيه) اولا ما تقدم من ان حديث لاضرر لايصلح لاثبات الخيار - وثانيا - ان الصبر على المعيب في نفسه لو كان ضرريا لايقتضي كون العقد خياريا والبيع لايصير ضرريا بذلك بل هو بالقياس الى التعيب قبل القبض وبعده على حد سواء و بالجملة بما ان العقد لم يقع على المعيب فلا يكون لزومه ابقاء للضرر وموجبا لاستقرار الضرر على المشتري ومجرد ارتفاع الضرر بذلك لايصلح رافعا له - و ثالثا - ان اخذ الارش مما لاوجه له اصلا فان الامساك بلا ارش وان كان ضررا على المشتري الا انه مع الارش ضرر على البايع ولا اولوية لاحد الضررين على الاخر - فالاظهر عدم جواز الرد لولا الاجماع.

قوله قده واما لو تعيب بفعل احد الخ اذا قلنا بان التعيب بآفة سماوية يوجب الخيار بل الارش يقع الكلام في التعيب بفعل احد - فان كان ذلك بفعل المشتري لاكلام في انه لايوجب شيئاً وان كان بفعل الاجنبي أو البايع فقد يقال كما عن ظاهر الجواهر انه لاخلاف في الخيار وانما البحث في الارش - وظاهر المتن ثبوت الارش

---

(١) الوسائل باب ١٧ - من ابواب الخيار

خاصة ثم احتمل التخيير بين الرد والامساك واخذ الارش من المتلف (اقول) ان الخيار لا وجه له فان الضرر وان اوجب ذلك فانما هو اذا لم يكن بفعل احد والا فيتدارك بدليل الاتلاف بضمانه - واما اخذ الارش فهو وجيه لعموم من اتلف - فالاظهر هو اخذ الارش من المتلف خاصة .

حكم بيع مالم يقبض

قوله قده الاقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل والموزون قبل قبضه الا تولية الخ اقول ان نصوص الباب طوائف (الاولى) مادل على المنع عن بيع مالم يقبض مطلقا كصحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل ان يكال قال لا يصلح له ذلك - وصحيح (٢) منصور عنه عليه السلام عن رجل اشترى بيعا ليس فيه كيل ولا وزن اله ان يبيعه مرابحة قبل ان يقبضه وياخذ ربحه فقال عليه السلام لا باس بذلك مالم يكن كيل ولا وزن - ونحوهما غيرهما - (الثانية) مادل على الجواز مطلقا كخبر (٣) الكرخي قلت لابي عبدالله عليه السلام اشترى الطعام من الرجل ثم ابيعه من رجل آخر قبل ان اكتاله فاقول ابعث وكيلك حتى يشهد كيله اذا قبضته قال عليه السلام لا باس - وخبر (٤) جميل عن الصادق عليه السلام في الرجل يشترى الطعام ثم يبيعه قبل ان يقبضه قال لا باس - ونحوهما غيرهما (الثالثة) مادل على التفصيل بين بيع التولية وغيره بالجواز في الاول خاصة كصحيح (٥) ابن حازم عنه عليه السلام اذا اشتريت متاعا فيه كيل اووزن فلا تبعه حتى تقبضه الا ان توليه فان لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه ونحوه غيره .

وللقوم في الجمع بين هذه النصوص مسلكان (احدهما) ما اختاره المصنف وجمع من الاساطين وهو تقييد الطائفتين الاولتين بالثالثة لكونها اخص منهما - وهذا جمع عرفي (والمصنف) ره ايده بان حمل النواهي على الكراهة مع استناد التولية

(١-٢-٤-٥) الوسائل باب ١٦ من ابواب احكام العقود حديث ٥-١٨-٦-١٢

(٣) الفقيه ج٣ ص١٣١

يقتضي ان لايكون بيع التولية مكروها مع انه لاخلاف في كراهته (ولكن) يرد على هذا التاييد ان مادل على كراهته على فرض حمل النواهي على المنع يدل على الكراهة الخفيفة على فرض حملها على الكراهة والاستثناء انما يدل على عدم ثبوت ماثبت لغيره له فان كان هو المنع فهو المنفي عنه وان كان شدة الكراهة فهي (ثانيهما) ماذهب اليه اكثر المحققين. وهو حمل الاخبار المتضمنة للنهي على الكراهة - وقد ذكروا في وجهه ان حمل المطلق على المقيد انما يكون جمعا عرفيا لولا العوارض وهي في المقام تقتضي اولوية الحمل على الكراهة - وهي- امور (الاول) ان النصوص المانعة المطلقة حملها على بيع التولية حمل على الفرد النادر لوضوح ان التجار غالبا لايعجلون بالبيع قبل القبض مع عدم الربح اصلا (الثاني) انه لو بني على التقييد لزم حمل ما تضمن من النصوص جواز بيع الثمرة قبل قبضها على خصوص الباقية منها على الشجرة (الثالث) انه يجب على التقييد تقييدها ايضا بما اذا لم يكن البيع قبل القبض من نفس البايع فانه جائز (الرابع) انه يجب على التقييد تقييدها ايضا بما اذا لم يكن البيع من احد الشركاء لشريكه فانه جائز على مادل عليه الخبر وبعض هذه الوجوه وان لم يخل عن المناقشة الان في بعضها الاخر المؤيد بغيره كفاية فالاظهر هو الحمل على الكراهة.

ثم ان - مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين كون المبيع شخصيا ام كليا - ثم انه هل المنع - تكليفي - اووضعي - ربما يقال بالاول نظرا الى ظهور النهي في كونه مولويا لاارشاديا (وفيه) ان هذا الظهور انما هو في غير باب المعاملات والموانع واما فيهما فله ظهور ثانوي في الارشاد فيكون ظاهرا في الحكم الوضعي (واما) ما عن الجواهر من استفادة البطلان من النصوص وان كان النهي مولويا نفسيا (فيرده) ما تقدم في اول الجزء الحاديعشر من هذا الشرح من ان النهي عن المعاملة لايستلزم فسادها مالم يكن ارشادا الى الفساد .

الثمن لايكون ملحقا بالمبيع

قوله قده الاول ان ظاهر جماعة عدم لحوق الثمن بالمبيع فى هذا الحكم فيصح بيعه قبل قبضه الخ قد استدل للملحوق بوجهين (احدهما) ان ماذكروه من التعليل للمنع فى المبيع وهو قصور ولاية المشترى لانفساخ العقد بتلفه جار فى الثمن (وفيه) ان هذا وجه اعتبارى استحسانى لايصلح لان يعتمد عليه فى الحكم الشرعى (ثانيهما) ان مافى ذيل خبر (١) الحلبى - ان هذا ليس بمنزلة الطعام ان الطعام يكال - يدل عليه فان المفهوم من التعليل ان كل مايكال لايجوز بيعه قبل قبضه (وفيه) اولا انه اخص من المدعى لاختصاصه بالمكيل - و ثانيا - ان المعلل هو بيع ما اشتراه من البر - فالتعليل لايقتضى الا ان كل ما اشتراه ممايكال لايباع قبل قبضه لاان كل مايكال لايجوز بيعه قبل قبضه - و ثالثا - انه من الجائز ان يكون مورده البيع قبل ان يقبض حصته من الشركاء بل هو الظاهر منه فهو اجنبى عن المقام .

وقد استدل لعدم اللحوق بقول الصادق عليه السلام (٢) وقد سئل عن الرجل باع طعاما بدراهم الى اجل فلما بلغ الاجل تقاضاه فقال ليس عندى دراهم خذ منى طعاما -لابأس انما له دراهمه يأخذ بها ماشاء - ومورده وان كان هو البيع ممن هو عليه الا انه يتم فى غيره بعدم الفصل كما ان مورده جعل الثمن ثمنا ايضا ولكن يتعدى الى جعله مبيعا (وفيه) اولا ان الغاء خصوصية المورد من الجهتين غير ثابت - وثانيا - انه مختص بغير المكيل - وثالثا - انه اما ظاهر فى المعاوضة غير البيع او مطلق - و على الاول لاكلام وعلى الثانى ان كانت نصوص الباب شاملة للثمن تخصصه والا فيكفى العمومات للحكم بالصحة - فالاظهر عدم اللحوق لاختصاص النصوص بالمبيع .

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب احكام العقود حديث - ١٠

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب السلف حديث ١٠

قوله قده هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال الخ الجمود على ظواهر النصوص يقتضي الاختصاص بالبيع - ولايثبت هذا الحكم فيما اذا كان النقل بغير البيع لما انتقل اليه اولما ينتقل عنه - وحمل البيع على ارادة مطلق الاستبدال يحتاج الى دليل مفقود والغاء الخصوصية مع مايرى من تفاوت البيع مع غيره حكما و ان اتحد نتيجة لاوجه له وبعض الوجوه الاعتبارية مثل قصور ولاية المشترى فى التصرف لانفساخ العقد بالتلف وان كان جاريافى غير البيع اذاكان النقل اليه بالبيع الاانه لايعتمد عليه فى الحكم .

اقرار البيع على مالم يقبض

قوله قده الثالث هل المراد من البيع المنهى عنه ايقاع عقد البيع الخ

تنقيح القول فى المقام بالتكلم فى جهات (الاولى) ان محل الكلام ليس جواز ابقاء الكلى غير المقبوض فانه داخل فى التنبيه السابق - بل - محل الكلام جعل البيع السابق مستقرا على فرد غيرمقبوض للبايع كما اذا كان عليه سلم لصاحبه فدفع اليه دراهم وقال اشتر بها طعاما واقبضه لنفسك فان من عليه السلم هومشترى الطعام و لم يقبض ما اشتراه وجعل البيع السابق مستقرا على مااشتراه .

وجه توهم المنع عنه امران (الاول) ان النصوص مطلقة (١) شاملة لاحداث البيع على مالم يقبض واقراره عليه و المصنف ره استظهر منها الاختصاص بالاول ثم قال بل هو المتعين فى الاخبار (٢) المفصلة بين التولية و غيرها - ثم نفى البعد عن الشمول للثانى عن سياق مجموع الاخبار (اقول) استظهاره الاختصاص من النصوص متين فان ظاهرها كون الممنوع عنه احداث البيع على مااشتراه قبل قبضه - كما ان دعويه تعينه فى الاخبار المفصلة متينة فان جعل المشترى مصداقا للكلى الثابت فى ذمته بالاستسلاف ليس من بيع التولية مع التساوى ولا بيع مرابحة او مواضعة مع

(١-٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب احكام العقود وباب ١٠ من ابواب السلف

الاختلاف في القيمة (واما) مانفى عنه البعد فغير تام لما عرفت من ظهور النصوص - الثاني- صحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام عن رجل اسلفته دراهم في طعام فلماحل طعامي عليه بعث الى بدراهم فقال اشتر لنفسك طعاما و استوف حقك - قال ارى ان يولى ذلك غيرك وتقوم معه حتى يقبض الذى لك ولاتتولى انت شرائه -ونحوه غيره (وفيه) ان هذه النصوص تدل على عدم مباشرة الشراء من جهة كونه في معرض التهمة والمطلوب عدم جواز الاستيفاء.

وقد يستدل للجواز (بصحيح)(٢) ابن شعيب عن الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له على الاخر احمال من رطب اوتمر فيبعث اليه بدنانير فيقول اشتر بهذه واستوف بقية الذى لك قال لاباس اذا ائتمنه و(فيه) -اولا ان الاستدلال به يتوقف على كون احمال الرطب عليه بعنوان بيع السلم لا بعنوان آخر و الا فهو غير مربوط بالمقام بل هو داخل تحت عنوان الوفاء المحض -وثانيا -انه ظاهر في التوكيل في الشرط و القبض من قبل البايع ثم استيفاء الحق منه وهذا لااشكال في جوازه.

الثانية - ان مايشترى لاقرار البيع السابق عليه ربمايكون شخصيا وربمايكون كليا - فان كان شخصيا فالكلام فيه من وجهين (احدهما) ما تقدم من انه هل يشمل البيع الممنوع عنه قبل القبض لاقرار البيع على مالم يقبض ام لا وقد تقدم ما هو الحق عندنا (الثاني) فيما افاده الشهيد الثاني ره الذى ذكره المصنف ره بعد اسطر بعنوان الايراد على الشهيد الاول (و حاصله) ان مايتعين مصداقا للكلي المبيع من الاعيان الشخصية بالحوالة وغيرها ليس هو نفس المبيع وان كان الامر الكلي انما يتحقق في ضمن الافراد الخاصه فانها ليست عينه و لذا لو ظهر المدفوع مستحقا او معيبا يرجع الحق الى الذمة ففي الحقيقة هذا اشكال صغروى لشمول النصوص لاقرار البيع السابق على مالم يقبض (وفيه) ان الكلي يوجد بوجود فرده فاذا انطبق الكلي على فرد يصير ذلك الفرد

---

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب السلف حديث ١

(٢) التهذيب ج٧ ص٤٢ باب بتيع المضمون حديث ٦٨

مبيعا بالحمل الشايع ويصدق عليه انه انتقل الى المشترى بعقد البيع .

وان كان كليا فيدخل تحت عنوان المسألة المعنونة فى الفقه وهى انه لو كان له على غيره طعام من سلم وعليه مثل ذلك فامر غريمه ان يكتال لنفسه من الاخر فانه يكره اويحرم على الخلاف وقد علل ذلك فى الشرايع و غيرها بانه قبضه عوضا عن ماله قبل ان يقبضه صاحبه (وتنقيح) القول فيها ان محل الكلام ليس بيع ماله على غيره بما هو عليه فانه من افراد بيع مالم يقبض بل محل الكلام تعيين ماعليه فيما له على غيره بحيث يكون وفاء - وتصوير ذلك انما هو بقبض ماله على غيره ثم تعيين ما عليه فيه والا فلا يعقل انطباق الكلى المتخصص بكونه فى ذمة احد على ماهو المتخصص بكونه فى ذمة الاخر - وعليه - فتعيين ذلك اما ان يكون بالتوكيل فى القبض - واما بمجرد الاذن فى قبض من له فى ذمته الكلى - واما بحوالة من له عليه على من عليه له (اما التوكيل) فلا اشكال فيه ولا يكون ح من بيع مالم يقبض (واما الاذن) فالظاهر كفايته فى تعيين ماله على غيره ولكن يصير سببا لاستقرار المبيع بالسلم على مالم يقبض (واما الحوالة) فان قلنا بان ظاهرها بناء على كونها معاوضة كون المحيل مملكا ماله فى ذمة غريمه بازاء ما لغريمه عليه فماله معوض ومال غريمه عوض كما افاده المصنف فهى بيع حقيقة بصورة الحوالة فتدخل فى بيع مالم يقبض من دون حاجة الى عنوان اقرار البيع السابق على مالم يقبض - وان قلنا بانها عبارة عن نقل ما ذمة المحال عليه الى المحتال عوضا عما فى ذمة لاتبديلا - فهى تكون نقلا لمالم يقبض - فيدخل تحت العنوان المتقدم فى التنبيه السابق و لا ربط له باقرار البيع السابق فانه يملك بهذا النقل لا بالبيع السابق - وان قلنا بانها ايفاء محض فهى لايصح فان مافى ذمة المحال عليه كلى لا ناقل له على الفرض و لا يكون فردا كى ينطبق عليه ما ذمة المحيل فلاوجه لانصباب عقد السلم على موردها .

قوله قده و لكن فى بعض الروايات دلالة على الجواز الخ قد عرفت انها اجنبية عن المقام .

قوله قده وانكر جماعة ممن تاخر عن العلامة كون هذه المسألة من محل

الخلاف الخ قد عرفت انه بناء على عدم كون الحوالة معاوضة يتم ما ذكروه من الخروج عن محل الكلام وان الحق بطلانها ايضا .

قوله قده يمكن تعميم محل الخلاف لمطلق المعاوضة الخ اقول ان التوكيل في القبض عن قبل المالك كان المبيع كليا ام شخصيا لا اشكال فيه وتعميم محل الخلاف لمطلق المعاوضة لايوجب بطلان الوكالة .

قوله قده فيتحقق الشرطان الخ اى البيع والقبض .

قوله قده وهذا من لطائف الفقه الخ مما حققناه ظهر وجوه الاشكال فيما افاده منها ان الحوالة بجميع وجوهها لاتصل النوبة فيها الى الانصباب ومنها مافى صغرى الانصباب ومنها غير ذلك .

قوله قده الرابع ذكر جماعة انه لو دفع الى من له عليه طعام دراهم وقال اشتر بها لنفسك طعاما الخ صحة ذلك وعدمها مبنيتان على ماحقق فى اول البيع من ان حقيقته هى المعاوضة المقتضية لدخول العوض فى كيس من خرج المعوض عن كيسه . ام حقيقته الاعطاء لامجانا غير المقتضى لذلك فعلى الاول لايصح وعلى الثانى يصح وحيث ان المختار هو الثانى كما تقدم فالاظهر هى الصحة (وعليه) فهل يصير المبيع ح عوضاً عما فى ذمته من الطعام املا ـ الظاهر ذلك فان فى وفاء الدين لايعتبر كون مايوفى به ملكا للمديون ويصح اداء الغير من ماله ـ واما مسألة المعاطاة والمقبوض بالعقد الفاسد ولو من جهة الغصبية مع العلم بذلك فقد تقدم الكلام فيهما مفصلا فى الجزء الثانى عشر من هذا الشرح .

مطالبة الطعام فى غير مكان حدوثه فى ذمته

قوله قده لو كان له طعام على غيره فطالبه به فى غير مكان حدوثه فى ذمته فهنا مسائل ثلاث الخ اقول يقع الكلام فى مسائل ثلاث كما افاده

الاولى ـ ما لو كان المال سلما فلو طالبه فى غير مكان المعاملة مع عدم اشتراط التسليم فيه لا يجب ادائه كما هو مقتضى الشرط الضمنى بالتسليم فى بلد المعاملة ـ

(واولى) بعدم الوجوب مالوطالبه بقيمة ذلك البلد - ولو طالبه فى ذلك البلد بقيمة بلد وجوب التسليم - فتارة يتراضيان على ذلك - واخرى لايرضى المسلم اليه-فان تراضيا جاز- واستدل للعدم (بانه) من بيع الطعام قبل قبضه (وفيه) اولا انه قدتقدم جوازه - وثانيا - على فرض العدم يكون البيع من البايع مستثنى منه - وثالثا - ان الممنوع على فرضه هوجعل الطعام مثمنا ولا تشمل النصوص ما لوجعل ثمنا-ورابعا انه يختص بما لواريد بيع مافى ذمته بالقيمة ولايعم غيره من افراد الاستبدال- وان لم يرض المسلم اليه بذلك .

فهل يجوز اجباره على ذلك املا - وجهان - استدل للاول بوجهين (احدهما) ما هوظاهر الكلام المحكى عن التذكرة و هوان التسليم فى البلد من قبيل القيود المشخصة للكلى المبيع التى بتعذرها يصدق تعذر وجود المبيع فى الخارج - ومع تعذره للمشترى مطالبة قيمته(وفيه) ان التسليم فى البلد الذى يقتضيه اطلاق العقد بحسب الشرط الضمنى الارتكازى ليس من قبيل القيود المشخصة بل هو من قبيل الشروط الخارجية التى لايصدق تعذر المبيع بتعذرها بل غايته ثبوت الخيار للمشترى

الثانى ما افاده المصنف بقوله وتوضيحه ان الطعام قد حل الخ (و حاصله) ان شرط الاداء فى بلد المعاملة الذى هو شرط لكل من المتبايعين على الاخر قد تعذر تحققه فى الخارج بسوء اختيار البايع فليس له عند مطالبة المشترى منه حقه الامتناع عن الاداء (وفيه) ان اشتراط التسليم فى البلد ينحل الى شرطين احدهما اشتراط القبض فى البلد ثانيهما عدم التسليم فى غير ذلك اى عدم ثبوت حق فى التسليم فى غيره وسوء الاختيار انما يسقط حق البايع من ناحية الشرط الاول ولا وجه لابطاله حقه من ناحية الشرط الثانى فالاظهر عدم جواز الاجبار كما عن المشهور لان الواجب فى ذمته هو الطعام لاالقيمة .

الثانية ان يكون ماعليه قرضا - لاخلاف فى جواز اخذ القيمة بسعر بلد القرض (فهل) يجوز له المطالبة بالمثل فى غير بلد القرض مع اختلاف القيمة املا وجهان اقواهما الثانى لان مقتضى اطلاق عقد القرض التسليم فى بلد القرض - وعليه فلو طالب

لا يجب دفع المثل فما عن المختلف من وجوبه ضعيف (وهل) له المطالبة بقيمة بلد الاستحقاق — كما عن الشيخ والقاضي والفاضلين وغيرهم بل عن غاية المرام نفي الخلاف فيه — ام لا كما في الجواهر قولان — اظهرهما الثاني — اذ لا وجه لجواز المطالبة سوى ما تقدم في المسألة الاولى الذي عرفت ضعفه (فما) عن الشهيد وفي الجواهر من عدم جواز المطالبة بالمثل ولا بالقيمة هو الاظهر — (واما) خبر(١) سماعة سأل اباعبدالله عليه السلام عن رجل له عليه مال فغاب عنه فرآه يطوف حول الكعبة — ايتقاضاه قال عليه السلام لا تسلم عليه ولا تروعه حتى يخرج من الحرم — فلا يعلم كونه قرضا — مع انه مساق ابيان حرمة الحرم وان له المطالبة في غير ذلك المكان بالتادية في بلد القرض وربما كان هاربا منه.

الثالثة ان يكون الاستقرار من جهة الغصب — وقد اشبعنا الكلام في هذه المسألة في الجزء الثاني عشر من هذا الشرح في المقبوض بالعقد الفاسد والحمد لله على ما انعم علينا بالنعم الجسام التي من اعظمها تحرير الكتب الفقهية ونشرها ومنها هذا الكتاب وهو الجزء الرابع عشر من كتاب فقه الصادق وكان ختامه في يوم الثلاثاء ١٥ جمادى الثانية سنة ١٣٨٢ وانا الاحقر محمد صادق الحسيني الروحاني عفي عنه.

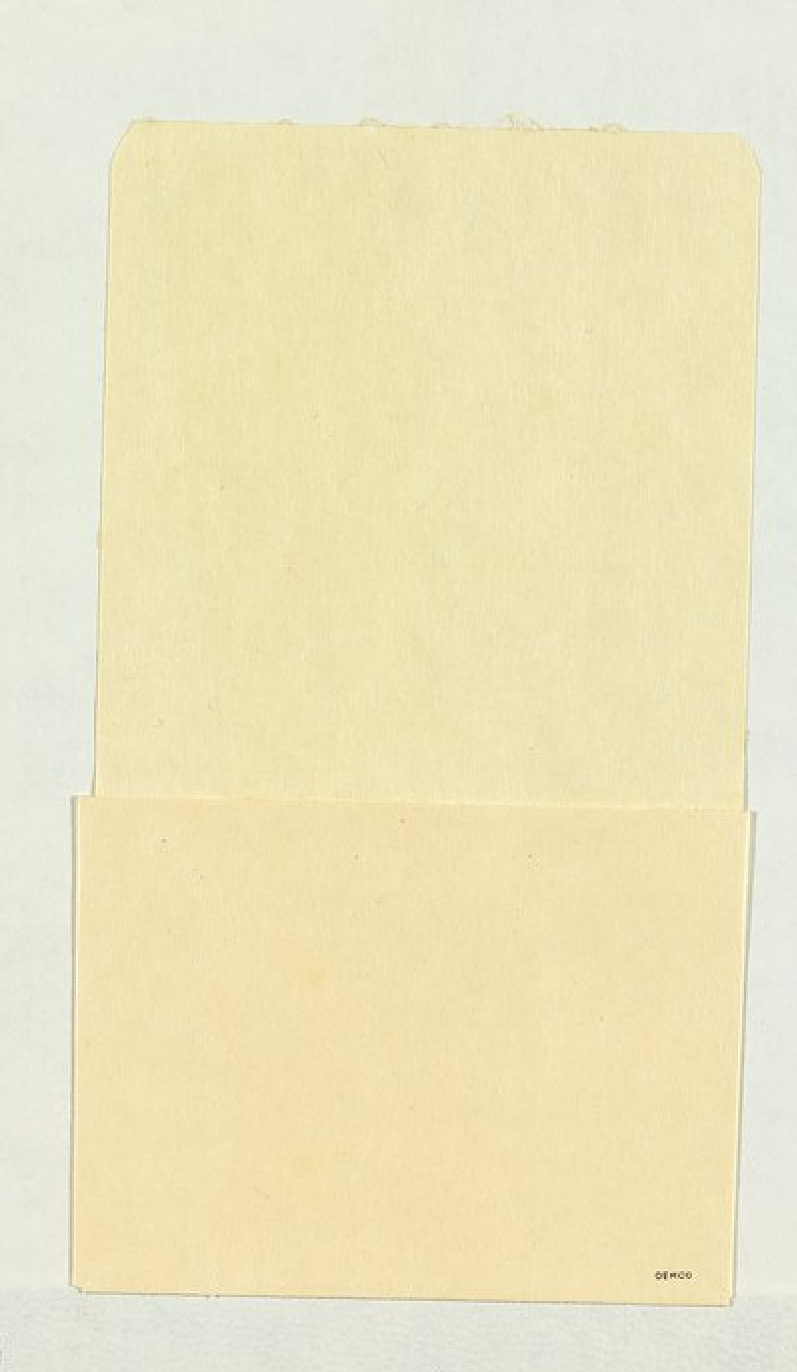
---

(١) الوسائل باب ٢٦ من ابواب الدين والقرض حديث ١

فهرست الجزء الرابع عشر من كتاب فقه الصادق

فهرست الخطاء والصواب

الصفحة	السطر	الخطاء	الصواب
١٢	١١	الاستدل	الاستدلال
٥٨	١٥	واستدلال	واستدل
٦٣	١٩	الظهورمن	الظهوردين
٨٩	١٧	اذا	اذ
١٢٠	١٦	الفعل	لفعل
١٣٩	١٨	خيارا	خيار
١٣٩	٢٠	خيار	خيارا
٢٦٢	٤	بالسلامة	بالسلامة
٢٨٨	٢٠	الشرت	الشرط
٣٢١	٧	اللاختصاص	الاختصاص
٣٢٨	٢٢	انفاذ	انفاذا
٤٤٧	٢٤	بهه	به


DEMCO

